3 3433 00883817 3

Digitized by Google

Digitized by Google

Th Beise
1840.

XAN
Bunge

Digitized by Google

Digitized by Google

Theoretisch-practische

Erörterungen

aus den in

Liv-, Esth- und Curland

geltenden Rechten.

Herausgegeben

von

D. F. G. v. Bunge und **D. E. O. v. Madai,**
Professoren der Rechte an der Kaiserlichen Universität Dorpat.

Erster Band.

Dorpat und Leipzig.
(Bei F. Severin und bei C. F. Köhler in Commission.)

1840.

Digitized by Google

THE NEW YORK
PUBLIC LIBRARY
469256
ASTOR, LENOX AND
TILDEN FOUNDATIONS.
R 1911 L

Der Druck ist unter der Bedingung gestattet, daß, nach Vollendung desselben die gesetzlich bestimmte Anzahl von Exemplaren an die Censur-Comität abgeliefert werde.

Dorpat, den 7. Juni 1840.

Censor Fr. Erdmann.

Dorpat.
Gedruckt in der Universitäts-Buchdruckerei bei
J. C. Schünmann's Wittwe.

Digitized by Google

Vorwort.

Indem der Unterzeichnete mit diesem vierten Hefte den Schluß des ersten Bandes der von ihm und seinem Collegen, Herrn Prof. Dr. v. Bunge unternommenen Sammlung theoretisch-practischer Erörterungen aus den in Liv-, Esth- und Curland geltenden Rechten dem juristischen Publicum übergiebt, fühlt er sich gedrungen in seinem und seines abwesenden Freundes und Mitherausgebers Namen den verehrten Juristen unserer Ostseeprovinzen den innigsten Dank abzustatten für die rege Theilnahme, die sie bisher dem Unternehmen geschenkt. Die Erwartungen der Herausgeber sind in dieser Beziehung in der That übertroffen worden, eine Erscheinung die um so erfreulicher, je seltener sie ist. Denn es liegt in der Natur literarischer Unternehmungen, wie die vorliegende, daß sie, hervorgegangen aus einer Art wissenschaftlichen Enthusiasmus, ihre Urheber so leicht über die mancherlei zu besiegenden Hindernisse und Schwierigkeiten täuschen; indem namentlich nur zu oft irrthümlich die eigene Begeisterung auch in Andern vor-

ausgesetzt wird. Wenn nun eben hierin die Hoffnungen der Herausgeber nicht getäuscht worden sind, so liegt darin gewiß zugleich das ehrenvollste Zeugniß für die wissenschaftliche Empfänglichkeit der geehrten Herren Juristen unserer Provinzen. Zu ganz besonderem öffentlichen Danke fühlen die Herausgeber sich der hochverehrten Curländischen Ritterschaft verpflichtet, die auf ihrem letzten Landtag beschlossen hat, durch Abnahme einer namhaften Anzahl von Exemplaren der Erörterungen dem literarischen Unternehmen seinen Fortgang zu sichern. Auch in Deutschland hat dasselbe bereits mehrfach rühmende Anerkennung und Theilnahme gefunden.[1]) So möge denn das unter günstigen Auspicien begonnene Werk zur Ehre der Wissenschaft des vaterländischen Rechts gedeihen und reichliche Früchte tragen.

Dabei erlauben sich die Herausgeber eine in der Ankündigung zum ersten Hefte an die geehrten Juristen der Ostseeprovinzen erlassene Aufforderung hier zu wiederholen. Es ist nämlich die daselbst ausgesprochene Bitte um Mittheilung wissenschaftlicher Beiträge auch bisher zwar nicht unerfüllt geblieben, wovon zum Theil selbst die bereits erschienenen Hefte Zeugniß geben, allein

---

1) Vgl. Richters kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft. 4ter Jahrgang, Heft 1, S. 83 ff.; — Zeitschrift für das deutsche Recht, herausgegeben von Reyscher und Wilda.

Digitized by Google

gewiß ist es wünschenswerth, daß die Kräfte Vieler zu dem gemeinsamen Unternehmen sich vereinigen, wäre es auch nur um eine, sonst leicht mögliche Einseitigkeit in der Auffassungs- und Behandlungsweise von Rechtsverhältnissen zu verhindern. Ein gemeinsames Zusammenwirken erscheint um so nothwendiger bei der großen Mannigfaltigkeit der neben einander bestehenden und ineinander greifenden Rechtsquellen in unsern Ostseeprovinzen, deren jede eines besonderen gründlichen Studiums bedarf. Endlich aber sind, bei dem unleugbaren Einflusse, den die Praxis auf die Entwickelung des Rechtszustandes gewonnen, die Herren Practiker es vorzugsweise, die über so manche wichtige Rechtsfrage Aufschluß zu geben vermögen. An diese ergeht demnach die besondere Bitte, daß sie aus ihrer reichen Erfahrung dem Publicum Mittheilungen machen, die sich ja leicht an die Erörterung eines interessanten Rechtsfalles, wie deren bereits einige in den erschienenen Heften sich finden, anknüpfen lassen. Arbeiten dieser Art haben vor andern den unleugbaren Vorzug, daß der abstracte Rechtssatz größere Lebendigkeit und Anschaulichkeit gewinnt, und sie eben dadurch ungleich leichter ein allgemeineres Interesse erregen. Möge die hier ausgesprochene Bitte auch ferner nicht ohne Erfolg bleiben.

Es ist der Plan der Herausgeber dieses Werkes, von Zeit zu Zeit, etwa am Ende jedes Bandes, auf

Digitized by Google

die vorzüglicheren neueren Erscheinungen der juristischen Literatur aufmerksam zu machen. Dies dürfte um so angemessener sein, da bei der geringen Verbreitung von Literaturzeitungen in unsern Ostseeprovinzen, das Neue sich leicht der Kunde des Einzelnen entzieht. Die Berichterstattung über die vorzüglicheren neueren Leistungen in dem Gebiete des deutschen wie des provinziellen Rechts hat mein verehrter College und Mitherausgeber übernommen, ich selbst behalte mir die Relation über die das gemeine Civilrecht betreffenden Arbeiten vor. Die Abwesenheit meines Collegen trit leider der Ausführung solcher speziellerer literarischer Uebersichten für den Augenblick entgegen, indeß soll noch im Laufe dieses Jahres das Fehlende nachgeholt werden. Vorläufig erlaube ich mir der Aufmerksamkeit unsers juristischen Publicums folgende neuere Werke zu empfehlen:

1) Vorlesungen über das gemeine Civilrecht von Joh. Friedr. Ludw. Göschen, aus dessen hinterlassenen Papieren herausgegeben von Dr. Albrecht Errleben. Göttingen. Bd. I., Bd. II. und Bd. III. Abthl. 1.

Der eigenthümliche Vorzug dieses, aus den Collegienheften des berühmten Herausgebers der Institutionen des Gajus hervorgegangenen Werkes, besteht in der großen Klarheit und der Methode der Behandlung. Die

einzelnen Rechtssätze werden nicht, wie in Compendien des Römischen Rechts in der Regel geschieht, nackt neben einander gestellt und hintereinander aufgestellt, sondern aus allgemeinen Prinzipien hergeleitet und erläutert. Das wahrhaft Wissenschaftliche und Systematische der Bearbeitung zeigt sich hier nicht bloß in den Ueberschriften der Paragraphen und in bis ins Unendliche zersplitterten Zahl- und Buchstabenzeichen, vielmehr in der ganzen Darstellungs- und Entwickelungsweise. Freilich ist der, dem mündlichen Cathedervortrage nicht selten eigenthümliche Character einer gewissen behaglichen Breite, vielleicht zu wenig verwischt worden, allein gern wird der Leser bei der übrigen Gediegenheit und Vortrefflichkeit des Werkes, das jedem Juristen, dem gründliches Studium des Römischen Rechts am Herzen liegt, auf das Dringendste empfohlen zu werden verdient, die gerügte kleine Unbequemlichkeit vergessen. Der erste Band behandelt den sog. allgemeinen Theil, der zweite das Sachen- und Obligationenrecht, der dritte in Abtheilung 1 das Familienrecht; Abtheilung 2, das Erbrecht enthaltend, wird in diesen Tagen erscheinen, wo nicht bereits erschienen sein.

2) Leitfaden für Pandectenvorlesungen, von Dr. K. A. v. Vangerow. Marburg und Leipzig 1839.

Digitized by Google

Wem es darum zu thun ist, die hauptsächlichsten Streitfragen der neueren juristischen Literatur kennen zu lernen, dem ist das vorliegende Werk als zu diesem Zwecke besonders brauchbar zu empfehlen. Es enthält, nach Art gewöhnlicher Grundrisse zu Pandectenvorlesungen, zunächst zwar nur Ueberschriften zu Paragraphen, allein zu der Mehrzahl derselben bald mehr bald weniger ausführliche Anmerkungen in denen die wichtigsten Controversen besprochen werden. Die Klarheit, mit der die Gründe und Gegengründe dargestellt und gegen einander abgewogen werden, ist jedenfalls rühmlich anzuerkennen; wenn man auch den von dem Verfasser aufgestellten Resultaten nicht durchgängig beizustimmen vermag. Mit Leichtigkeit gewinnt man durch dieses Werk einen Ueberblick über den Standpunkt, wie die Fülle der juristischen Literatur, der namentlich allen denen, die den Mittelpunkten literarischen Verkehrs etwas ferner stehen, um so schwieriger zu erringen ist. Bisher ist nur der erste Band, enthaltend außer dem sog. allgemeinen Theil das Familienrecht und die dinglichen Rechte, erschienen.

Bei dem gesteigerten Absatz unserer Erörterungen, werden wir fortan den Preis derselben auf 3 Rbl. S. für den Band, also 75 Kop. S. für das Heft, ermäßigen. Den Ueberschuß, der nach Deckung der Druck-

Digitized by Google

und Versendungskosten bleibt, gedenken die Herausgeber zum allmäligen Druck wichtiger, nur handschriftlich vorhandener Quellen unserer Provinzialrechte zu benutzen. Möge das ganze Unternehmen den Erwartungen des juristischen Publicums entsprechen und dasselbe uns die bisher erwiesene Theilnahme erhalten.

Dorpat, den $\frac{17}{29}$. Mai 1840.

Dr. C. D. v. Madai.

Digitized by Google

Inhalt des ersten Bandes.

I. Sind Gastwirthe berechtigt Reisende abzuweisen? Von C. O. v. Madai. S. 1.

II. Die Classen der Concursgläubiger nach Livländischem Landrecht. Von F. G. v. Bunge. S. 38.

III. Etwas über das Römische und Deutsche Recht, als das sogenannte Hülfsrecht in den Ostseeprovinzen, und deren gegenseitiges Verhältniß. Von dem Hrn. Oberhofgerichtsadvocaten C. Neumann in Mitau. S. 67.

IV. Bemerkungen über die Erbgutseigenschaft und die eheliche Gütergemeinschaft nach Rigischem Stadtrecht, angeknüpft an einen Rechtsfall. Von dem Hrn. Stadtsyndicus C. H. Zimmerberg in Dorpat. S. 78.

V. Ueber die Aufhebung von Rechtsgeschäften wegen laesio enormis, nach gemeinem, wie nach Liv-, Esth- und Curländischem Recht. Von C. O. v. Madai. S. 97.

VI. Die Geschlechtsvormundschaft nach Livländischem Recht. Von Joh. Ludw. Müthel, ehemaligem Professor des Livländischen Rechts in Dorpat. S. 185.

VII. Das Römische Recht in dem Esthländischen Ritter- und Landrecht. Von C. O. v. Madai. S. 204.

VIII. Ueber die legitimatio per subsequens matrimonium, nach Curländischem Recht. Von dem Hrn. Oberhofgerichtsadvocaten C. Neumann in Mitau. S. 209.

IX. Beitrag zur Erklärung des § 182 der Curländischen Statuten. Von C. O. v. Madai. S. 219.

X. Ueber Querelen, nach Livländischem Recht. Von einem practischen Rechtsgelehrten. S. 247.

XI. Das Römische Recht in dem Esthländischen Ritter- und Landrecht. (Forts.) Von C. O. v. Madai. S. 259.

XII. Ueber die Anwendbarkeit der Deutschen Reichsgesetze in den Deutschen Ostseeprovinzen. Von F. G. v. Bunge. S. 289.

XIII. Actenmäßige Darstellung eines merkwürdigen Criminalrechtsfalles. Von dem Hrn. Assessor des Livländischen Hofgerichts und Ritter M. v. Wolffeldt in Riga. S. 313.

XIV. In welchem Umfange trägt der säumige Schuldner den zufälligen Untergang der schuldigen Species. Von C. O. v. Madai. S. 361.

XV. Die Königlich-Schwedischen Zinsplacate vom 14. November 1666 und 16. December 1687 und ihr Verhältniß zum Liv- und Esthländischen Recht. Von C. O. v. Madai. S. 393.

Digitized by Google

I.

Sind Gastwirthe berechtigt Reisende abzuweisen?

Von C. G. v. Madai.

In dem einheimischen provinciellen Rechte finden wir hierüber eine ausdrückliche Entscheidung nicht: es muß demnach dieselbe aus dem gemeinen, als dem recipirten Hilfsrechte, entnommen werden. Forschen wir aber, wie nach diesem unsere Frage zu beantworten, so begegnen wir hier einem directen Widerspruche der verschiedenen Ansichten der Rechtslehrer. Während nämlich die älteren eine Zwangsverbindlichkeit der Gastwirthe, den Reisenden aufzunehmen, behaupten,[1]) wird von denjenigen unserer neueren Rechtslehrer[2]), die sich speciell

1) So Cuiacius in comment. ad Lib. XXII. ad l. 6 §. 2. D. nautae, caupones, in opp. Tom V. p. 321. edit. Neapol.; Anton Faber Rationalia ad Pand. Lib. IV. tit. 9. ad l. I. §. 1. D. nautae; Voetius comment. ad Pand. Lib. IV. tit. 9. §. 4. Schulting notae ad Pand. ad. l. 156 pr. D. de regulis iuris; Noodt commentarius ad Pand. Lib. IV. tit. 9 §. verba; Glück Commentar Th. VI. §. 486. Note 22. S. 112.

2) In den neueren Pandectencompendien von Thibaut, Mühlenbruch, Schweppe, Valett, Puchta u. s. w.

mit der Erörterung unseres Gegenstandes beschäftigt haben[3]), eine solche Zwangsverbindlichkeit auf das Bestimmteste in Abrede gestellt. Der Grund dieser, leider nicht seltenen Erscheinung liegt darin daß man bei der Beantwortung der vorliegenden Streitfrage weniger die rechtliche Natur des in Rede stehenden Verhältnisses untersuchte, vielmehr sich vorzugsweise bemühte zwei widersprechende Stellen des Römischen Rechts durch scharfsinnige Interpretation in Einklang zu bringen. Je nachdem man dabei der einen oder der andern dieser Stellen ein vorzugsweises Gewicht beilegen zu müssen glaubte, kam man sehr natürlich bald zu der einen, bald zu der andern der entgegengesetzten Ansichten.

Wir beginnen mit einer allgemeineren Erörterung. Das Verhältniß des Gastwirths zum Reisenden muß aus einem zweifachen Gesichtspunkte betrachtet werden, dem privatrechtlichen und dem polizeilichen. Verweilen wir zunächst bei dem ersteren. — Die Frage, die wir hier zu beantworten haben, ist also diese: ist von privatrechtlichem Standpunkte aus eine Verbindlichkeit des Gastwirths, den Reisenden aufzunehmen, vorhanden? Ganz abgesehen von den besonderen Aussprüchen unserer

---

wird unsre Frage theils mit Stillschweigen übergangen, theils nicht bestimmt beantwortet. Nur v. Wening-Ingenheim erklärt sich ausdrücklich gegen die Zwangsverbindlichkeit.

3) Kaemmerer Observationes iuris civilis. Rostockii 1827. c. 2. Huschke in der Tübinger Zeitschrift Bd. III. Heft 1. v. Schröter in Schunk's Jahrbüchern der jurist. Litteratur Bd. XI. Heft 1. Guyet im Archiv für die civilist. Praxis Bd. XVII. Heft 1.

Digitized by Google

Quellen, möchte man aus allgemeinen Gründen beim ersten Anblick mit Nein darauf antworten, da, mit wenigen Ausnahmen, Niemand zur Eingehung eines Vertrages gezwungen werden kann. Dies ist denn in der That auch der Hauptgrund, auf den unsere neueren Rechtslehrer ihre verneinende Ansicht stützen. An und für sich ist jener Grundsatz allerdings ganz richtig; ob aber derselbe für unsere Streitfrage von entscheidendem Gewicht sei, dürfte sich wenigstens bezweifeln lassen. Seine Anwendung beruht nämlich auf folgender Schlußreihe. Das zwischen dem Gastwirthe und dem Reisenden obwaltende obligatorische Verhältniß entsteht durch einen stillschweigenden Vertrag, welcher wiederum durch die Aufnahme des Reisenden von Seiten des Gastwirths abgeschlossen wird. Da nun Niemand zur Eingehung eines Vertrages gezwungen werden kann, so muß auch der Gastwirth berechtigt sein, den Fremden abzuweisen. — Aber fragen wir, beruht denn wirklich das Verhältniß des Gastwirths zum Reisenden auf solchem stillschweigenden Vertrage? Unsers Erachtens nicht; vielmehr auf der gesetzlichen Vorschrift des Prätorischen Edicts, das den Gastwirth, auch ohne daß zwischen ihm und dem Reisenden ein besonderer Receptionsvertrag geschlossen ist, an und für sich verpflichtet, für die Sachen des Letzteren einzustehen. Nicht also stillschweigender Vertrag, sondern das Gesetz, erzeugt die Verbindlichkeiten des Gastwirths. Wie wenig hier überhaupt auf die Einwilligung des Gastwirths an sich ankomme, erweist sich deutlich daraus, daß, wenn derselbe auch gegen die ihm gesetzlich obliegende Verpflichtung für das salvum fore der Sachen des

Reisenden einzustehen, einseitig protestirt, er nichts desto weniger verantwortlich bleibt[4]). Aber selbst zugegeben, daß das Verhältniß zwischen dem Wirth und Reisenden nicht sowohl durch das Prätorische Edict begründet, als vielmehr geschärft und gesetzlich näher bestimmt werde, so glauben wir gleichwohl nicht, daß erst durch die in der Aufnahme des Reisenden sich aussprechende stillschweigende Einwilligung des Wirthes dessen Verbindlichkeit entstehe. Offenbar hat der Gastwirth, der durch sein Gastschild oder auf andere Weise zur Einkehr einladet, sich im Voraus bereit erklärt, den Reisenden aufzunehmen und zu beherbergen. Sollte es einer Wiederholung dieser Willenserklärung in Beziehung auf jeden einzelnen Reisenden bedürfen? Gewiß eben so wenig, als bei der Offerte überhaupt. Es beginnt die verbindliche Kraft derselben, sobald sie von der Gegenpartei angenommen ist, ohne daß eine abermalige Einwilligung des Offerenten erforderlich wäre. Die Offerte aber des Gastwirths ist eigenthümlicher Art. Sie gilt dem gesammten Publicum. Dem Gastwirth ist es um den Reisenden als solchen, wer dieser auch übrigens sei, zu thun; der Reisende ist ihm gewissermaßen eine fungible Person. Die Acceptation aber dieser Offerte von Seiten des Reisenden ist vorhanden, sobald derselbe den Gasthof mit der Erklärung betritt, die Dienste des Gastwirths als solchen in

4) L. 7. pr. D. nautae, caupones. (4, 9). Ulpian: Item si praedixerit, ut unusquisque viatorum res suas servet, neque damnum se praestaturum, et consenserint vectores praedictioni, non convenitur. Offenbar bedarf es hienach der Einwilligung des Reisenden.

Digitized by Google

Anspruch nehmen zu wollen. Nicht also erst mit der nachfolgenden, sei es auch stillschweigenden Einwilligung des Wirthes, vielmehr schon mit dem Betreten des Gasthauses durch den Reisenden, sofern darin eine Acceptation der Offerte liegt, beginnt die verbindliche Kraft des zwischen beiden obwaltenden Obligationsverhältnisses. Diese Betrachtung aber führt uns noch einen Schritt weiter. Jene von dem Wirth ausgehende Offerte hängt auf das Innigste mit dem Begriff des Gastwirths zusammen. Derselbe wird zum Gastwirth erst durch diese. Wollte er unter den von ihm Aufzunehmenden ein Wahlrecht ausüben, so würde er wesentlich aufhören, ein Gastwirth zu sein. Ist aber die bezeichnete Offerte unzertrennlich mit dem Begriff des Gastwirths verbunden, so kann dieselbe auch von ihm, will er nicht aufhören ein Gastwirth zu sein, nicht zurückgenommen werden. Kann er nun von seiner einmaligen Offerte nicht beliebig zurücktreten, so folgt nothwendig, daß er nicht berechtigt sein könne, den dieselbe acceptirenden Reisenden abzuweisen. Daß diesem Resultate eine Wahrheit zu Grunde liege, dafür spricht schon ein allgemeines Rechtsgefühl. Dem von einem Gastwirth ohne allen weitern Grund zurückgewiesenen Reisenden ist, in der That nicht bloß nach seinem eigenen Gefühl, durch diese Abweisung ein Unrecht widerfahren, das nach einer allgemeinen, nicht unbegründeten Ansicht, als eine Ehrenkränkung empfunden wird. Daher geben denn die älteren Rechtslehrer dem Zurückgewiesenen eine actio iniuriarum, vielleicht weil sie, den aus der Natur der Offerte allein erklärbaren Character der vorliegenden Rechtsverletzung nicht klar genug erkennend,

Digitized by Google

dieselbe aus der beleidigten Persönlichkeit ableiten zu können glaubten.

Doch wir müssen noch einmal mit wenigen Worten auf die Offerte zurückkommen. Dem Versuche, aus der Natur derselben die in Rede stehende Verbindlichkeit des Gastwirthes, wie hier geschehen, abzuleiten, wird man vielleicht entgegnen, es führe derselbe zu bedenklichen und unrichtigen Consequenzen. Mit gleichem Rechte nämlich würde man dann annehmen müssen, daß auch der Kaufmann, der durch sein Schild zum Kauf einladet, verpflichtet sei, Jedermann seine Waare zu verkaufen, was doch im Ernst nicht leicht Jemand behaupten werde. Allein diese Analogie ist nur eine scheinbare, und unerheblich der daher entlehnte Einwand. Das Rechtsgeschäft, zu dem der Kaufmann durch sein Schild das Publicum einladet, ist ein wesentlich anderes: es ist ein Consensualvertrag. Es bedarf zu dessen Perfection erst noch einer besonderen Einigung über die wesentlichsten Punkte des Vertrages, und ob diese zu Stande kommen werde, hängt von der Willkür der Parteien ab. Ganz anders verhält es sich in unserm Falle. Das zwischen dem Gastwirth und dem Reisenden eingegangene obligatorische Verhältniß gehört in der Regel den s.g. Innominat-Realverträgen, etwa facio ut des u. s. f. an. Nur selten wird der Reisende beim Betreten des Gasthauses mit dem Wirthe im Voraus die gegenseitigen Vertragsbedingungen festsetzen. Daß dieses freilich bei den Römern, wenigstens früherhin, das Ueblichere gewesen sein mag [5]),

5) Dies folgt aus der Bemerkung Ulpian's in l. 3. §. 1 D. nautae, caupones (4, 9), daß die Einführung der in factum

ändert die Sache nicht. Genug bei uns ist es, ich sage in der Regel, anders. Schließt nun aber nicht die durchaus verschiedene Natur der in beiden Fällen zum Grunde liegenden Verträge des Kaufmanns mit dem Käufer, und des Gastwirths, mit dem Reisenden, die Analogie beider Verhältnisse, und die Richtigkeit eines daraus von dem einen auf das andere zu entlehnenden Schlusses, aus? Aber noch in einem andern Punkte zeigt sich eine nicht unwesentliche Verschiedenheit beider Verhältnisse. Der Gastwirth erklärt sich durch sein Schild überhaupt bereit, den Reisenden zu beherbergen [6]), indem er die nähere Bestimmung der von ihm zu leistenden Handlungen dem Belieben des Reisenden anheimstellt. In dieser Beziehung ist seine Offerte eine vollständige. Anders der Kaufmann, dessen Schild nur die Bestimmung hat, ihn dem Publicum als Verkäufer bestimmter Waaren bekannt zu machen. Indeß kann auch er durch eine von seiner Seite vollständigere Offerte sich dem Gastwirthe ähnlicher verpflichten, wenn er ein Verzeichniß seiner Waaren mit genauer Angabe der Preise derselben publicirt. In solchem Falle bedarf es zur Perfection des Kaufvertrages ebenfalls nur einer Acceptation von Seiten

---

actio durch das Prätorische Edict befremdlich scheinen könne, da ja der Reisende ohnehin schon aus dem Civilrecht bestimmte Klagen, nämlich die actio ex locato vel conducto u. s. w. habe. Eingehung eines förmlichen Miethsvertrages zwischen Gastwirth und Reisenden wird also hier als Regel vorausgesetzt.

6) L. 5 D. nautae: nauta et caupo et stabularius mercedem, accipiunt, non pro custodia, sed nauta ut trauciiat vectores, caupo ut viatores manero in caupona patiatur.

des Käufers, und so könnte hier der Kaufmann vielleicht eben so wenig berechtigt erscheinen, jeden beliebigen Käufer abzuweisen, es sei denn daß er, wie der Gastwirth, sich mit factischer Unmöglichkeit der Erfüllung genügend zu entschuldigen vermöchte. Indeß dürfte selbst hier der Unterschied, der durch die Verschiedenartigkeit der zum Grunde liegenden Rechtsgeschäfte begründet wird, für die Beurtheilung der Verhältnisse des Gastwirths in Vergleich zu denen des Kaufmannes, nicht ohne Erfolg bleiben.

Es ist in dem Bisherigen unsere Frage nur aus allgemeinen Rechtsprincipien beleuchtet, und dahin beantwortet worden, daß der Gastwirth, den Reisenden abzuweisen, nicht berechtigt sei. Wie aber verhalten sich zu diesem Resultate die besonderen Aussprüche unserer Quellen? Wir begegnen hier, wie schon oben angedeutet worden, einem unzweideutigen Widerspruche, indem derselbe Ulpian in der einen Stelle erklärt: „est enim in cauponum arbitrio, ne quem recipiant," also den Gastwirthen ein Wahlrecht unter den von ihm aufzunehmenden Reisenden einräumt, während er an einem andern Orte mit gleicher Bestimmtheit sagt: „namque viatorem sibi caupo vel stabularius eligere non videtur, nec repellere potest iter agentes."

Die erste der fraglichen Stellen, entlehnt aus Ulpian's Lib. 14 ad Edictum, lautet in ihrem Zusammenhange so:

L. 1. §. 1. D. nautae, caupones: (4, 9) Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, et res custodiae eorum committere. Ne quisquam putet graviter

hoc adversus eos constitutum, nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant: et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus.

Die zweite Stelle aus Ulpian's L. 38 ad Edictum:

L. 1. §. 6. D. furti adversus nautas (47, 5): Caupo praestat factum eorum, qui in ea caupona, eius cauponae exercendae caussa ibi sunt, item eorum, qui habitandi caussa ibi sunt; viatorum autem factum non praestat: namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur, nec repellere potest iter agentes: inhabitatores vero perpetuos ipse quodammodo elegit, qui non reiecit, quorum factum oportet eum praestare. In navi quoque vectorum factum non praestatur.

Es gewährt in der That nicht geringes Interesse, die mannigfachen Bestrebungen des Scharfsinnes, den Widerspruch der vorliegenden Stellen aufzulösen, zu verfolgen. Wir beginnen mit dem ältesten dieser Versuche, mit dem der Glosse. Sie fügt in der ersteren Stelle zu den Worten „est enim in ipsorum arbitrio, etc.“ als Erläuterung hinzu, „scilicet a principio, non ex postfacto.“ Die Glosse unterscheidet hierin, wie man in der Regel annimmt [7]), zwischen dem Recht, einen neuen Gasthof an-

7) Abweichend behauptet Kämmerer a. a. O. §. 3. Note 6: „glossae auctorem de huiusmodi nunquam cogitasse sententia,“ vielmehr habe man erst späterhin in die Worte der Glosse die obige Deutung willkürlich hineingetragen. Warum aber die Worte

zulegen, und der Verbindlichkeit, sobald dies einmal geschehen. Gastwirth zu werden oder nicht, stehe in dem Belieben eines jeden, und darauf gehe Ulpian's Ausspruch; „est enim in ipsorum arbitrio ne quem recipiant;“ dahingegen, wer einmal ein Gasthaus angelegt, nicht mehr berechtigt sei, jeden Reisenden willkürlich abzuweisen: und hierauf beziehe sich Ulpian's Aeußerung in der zweiten Stelle „nec repellere potest iter agentes.“ Wiewohl namhafte Rechtslehrer [8]) die Ansicht der Glosse theilen, muß dieselbe doch aus einem zwiefachen Grunde verworfen werden. Einmal wegen der durchaus willkürlichen Bedeutung, die sie dem Worte recipere beilegt. Mit Recht bemerkt Guyet [9]): „die Ausdrücke recipere und nec repellere sind an sich ganz gleichbedeutend, und daß das erste der erwähnten Fragmente nicht die Errichtung eines Gasthofes überhaupt, sondern die Aufnahme des einzelnen Gastes im Sinn habe, geht aus den Worten „ne quem recipiant“ klar hervor.“—Allein

---

der Glosse den oben angeführten Sinn nicht wenigstens haben können? ist nicht einzusehen. Wenigstens wissen wir, daß man schon früh die Glosse in der angegebenen Weise verstanden habe So lesen wir bei Bartolus in Comment. in Digest. ad l. 1. §. 1. D. nautae caup. (Lugd. 1563. Fol. Tom. 1. pag. 179): „nota textum, quod quis non cogitur aliquem hospitari, quod est verum ab initio. Sed postquam incepit hospitari, tenetur recipere hospites“ Ebenso bei Raphael Fulgosius in Commentar. in primam partem Pandect. ad l. 1. §. 1. cit. (Lugd. 1554. Fol. pag. 158): „Doctores intelligunt, quod ab initio antequam exercerit, non potest cogi recipere, post vero cogitur.“ —

8) Unter den neueren besonders Glück a. a. O., so wie die übrigen in der Note 1 angeführten Schriftsteller.

9) Guyet a. a. O. S. 44.

Digitized by Google

zweitens, selbst zugegeben, daß das Wort recipere im einzelnen Falle die von der Glosse behauptete Bedeutung haben könne, würde doch dieselbe hier ausgeschlossen durch die Verbindung, in der dasselbe auftritt. Ulpian schreibt „est enim in cauponum arbitrio ne quem recipiant.“ Konnte wohl ein Ulpian damit sagen wollen: „es steht in dem Belieben jedes Gastwirths (also dessen, der es schon ist), ob er Gastwirth werden will? Und doch würden wir ihm, folgen wir der Erklärung der Glosse, eine solche Gedankenlosigkeit aufbürden müssen.

Einen zweiten, auf einer Emendation des Textes beruhenden Vereinigungsversuch finden wir bei Noodt[10]) mehr angedeutet als ausgeführt. Dieser liest nämlich für „ne quem recipiant“ in der ersteren Stelle „ne quae recipiant.“ Anton Faber[11]), diese Lesart recipirend, folgert daraus, der Gastwirth könne zwar den Reisenden selbst nicht abweisen, wohl aber die Aufnahme der demselben zugehörenden Sachen verweigern. Denn da in Betreff dieser letzteren das Prätorische Edict dem Gastwirth so besonders strenge Verbindlichkeiten auferlege, sei es unbillig, ihm dieselben gegen seinen Willen aufzubürden. Ausdrücklich sage ja auch Ulpian[12]): „item si praedixerit (sc. caupo), ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se praestaturum, et con-

10) Noodt commentar. ad Pand. l. c.

11) Anton Faber Rationalia ad Pand. Lib. IV. tit. 9. ad l. 1. §. 1. cit.

12) L. 7 pr. D. nautae caupones.

Digitized by Google

senserint vectores praedictioni, non convenitur.“ — Indeß übersieht hier Faber, daß Ulpian den Gastwirth von der Verbindlichkeit, für die Sachen des Reisenden zu haften, nur dann befreit, „si consenserint vectores;“ unmöglich also kann die einseitige Protestation den Gastwirth der ihm gesetzlich auferlegten Verpflichtung entheben. Außerdem ist die vorgeschlagene Emendation der Lesart „ne quem“ in „ne quae recipiant“ eine durchaus willkürliche Conjectur, die nicht nur von keiner Handschrift unterstützt wird, sondern auch, wie schon Kämmerer[13]) richtig bemerkt, die Autorität der Basiliken gegen sich hat[14]). Von unsern neueren Rechtslehrern ist die Fabersche Hypothese mit Recht verworfen worden.

Kämmerer, dem das Verdienst gebührt, in seiner bereits mehrfach erwähnten gründlichen Abhandlung zuerst in unserer Zeit auf die fast vergessene Streitfrage wieder aufmerksam gemacht zu haben, geht von der Ansicht aus, daß, da Niemand zur Eingehung eines Vertrages gezwungen werden könne, mithin schon nach allgemeinen Gründen der Gastwirth jeden beliebigen Reisenden aufzunehmen nicht verpflichtet sei, als eigentlich entscheidende Gesetzstelle das erste der beiden obigen Fragmente Ulpian's betrachtet werden müssen.

Den Widerspruch der zweiten Stelle sucht Kämme-

13) Kämmerer a. a. O. S. 123.

14) Hier nämlich werden die Worte „est enim in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant“ also wiedergegeben: ἐν αὐτοῖς δέ ἐστι, μηδένα ὑποδέχεσθαι. Basilica Lib. 53 tit. 1. cap. 1. §. 1. edit. Fabrot. Tom. VI. pag. 643.

Digitized by Google

rer dadurch zu beseitigen, daß er, wie vor ihm schon Heineccius[15]), dem Worte repellere die Bedeutung von expellere beilegt und so zu der Behauptung kommt, Ulpian sage hier nur, der Wirth dürfe den einmal aufgenommenen Fremden nicht wieder forttreiben; das zweite Fragment handle mithin von einem ganz andern Fall, so daß ein eigentlicher Widerspruch gar nicht vorhanden. Der Wirth sei demnach zwar zur Abweisung des ankommenden, aber nicht zur Wiederentfernung des einmal aufgenommen Fremden berechtigt. — Allein das Wort repellere hat weder die von Kämmerer behauptete Bedeutung von expellere, noch würde dieselbe, wie schon Huschke[16]) und v. Schröter[17]) hervorgehoben, in den Zusammenhang der vorliegenden Stelle passen. Denn offenbar spricht hier Ulpian, wie sich aus der Zusammenstellung des „nec repellere potest" mit dem unmittelbar vorangehenden „viatorem sibi eligere caupo non videtur" ergibt, von der ersten Aufnahme eben ankommender Reisenden (daher die ausdrückliche Wiederholung des iter agentes, im Gegensatz zu den inhabitatotes), nicht aber der Wiederentfernung bereits aufgenommerer Gäste.

Einen andern Weg schlägt Huschke[18]) ein. Er sagt: „Das potest in der zweiten Stelle ist nicht soviel,

---

15) Heineccius Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum Pars I §. 547.

16) Huschke a. a. O. S. 24.

17) v. Schröter a. a. O. S. 3.

18) Huschke a. a. O. S. 25.

Digitized by Google

als licet oder in arbitrio ipsius est der andern Stelle, sondern geht auf die Folge aus einem Begriffe nach Verstandesgesetzen, wonach etwas wahrhaft unmöglich ist. Es soll nicht gesagt werden: der Gastwirth darf sie nicht zurückweisen, und würde, wenn er es thäte, von ihnen belangt werden können; sondern er kann sie nicht zurückweisen, wenn er nicht aufhören will, für einen Gastwirth zu gelten." — Eben dieser Ansicht ist übrigens auch wohl v. Schröter[19]), wenn er, etwas undeutlich sich dahin erklärt: „Ulpian spricht in dem fr. un. D. furti nur von dem factischen, nicht von dem rechtlichen Verhältniß des Wirths zu den Reisenden. Dadurch fällt der ganze angebliche Widerspruch weg." — Zugegeben nun, Huschke's Erklärung der Worte, nec repellere potest, sei richtig, Ulpian habe damit wirklich nicht sowohl auf die rechtliche, als vielmehr auf die in der Natur des Verhältnisses liegende factische Unmöglichkeit hindeuten wollen: wird, fragen wir, durch diese Annahme die Antinomie beseitigt? Bleibt nicht immer der Widerspruch, daß dann Ulpian in der einen Stelle für rechtlich erlaubt, was er in der andern für factisch unmöglich erklärt? Und welch ein Widerspruch! Konnte ein Ulpian etwas Begriffswidersinniges, und nach Verstandesgesetzen Unmögliches für gesetzlich möglich und erlaubt halten? Möchte man da nicht lieber einen an sich verzeihlichen Widerspruch zweier gesetzlichen Bestimmungen annehmen, als einem Rechte den Vorwurf solcher Widersinnigkeit aufbürden? Zu dieser Annahme aber kommt man nothwendig, wenn man mit Huschke

19) v. Schröter a. a. O. S. 3.

und v. Schröter die eine unserer Stellen auf das rechtliche, die andere lediglich auf das factische Verhältniß bezieht. Kann der Gastwirth den Reisenden nicht zurückweisen, so darf er es auch nicht; und so führt die Unterscheidung Huschke's und v. Schröter's in der Lösung der vorliegenden Antinomie um keinen Schritt weiter.

Der neueste ausführlichere Vereinigungsversuch rührt her von Guyet[20]). „Ulpian, sagt dieser, unterscheidet zwei Arten von Personen, mit denen der Wirth in ein Receptionsverhältniß treten kann, die viatores nämlich oder iter agentes, und die inhabitatores. Die ersteren darf der Gastwirth nicht abweisen, und deshalb ist er in Betracht der von diesen an den Sachen anderer Reisenden verübten Beschädigungen nicht mit der dupli actio verantwortlich: die letzteren dagegen hat er sich dadurch daß er sie nicht abwies, gleichsam ausgewählt, also sich freiwillig in ein besonderes Receptionsverhältniß zu ihnen begeben, und muß daher auch für die von ihnen ausgehenden Entwendungen der Sachen anderer Reisenden mit dem duplum einstehen. Viatores aber, oder iter agentes, sind Gäste, die nur kurze Zeit zur Befriedigung irgend eines Bedürfnisses im Gasthof verweilen: inhabitatores dagegen solche, die sich gleich mit dem ausgesprochenen Zweck eines längeren Aufenthaltes, und namentlich des Wohnens, zur Aufnahme melden. Diese letzteren kann der Gastwirth zurückweisen, die erstern nicht. Beziehen wir nun Ulpian's ersten Ausspruch auf inhabitatores (in dem hier angegebenen Sinne), den andern dagegen auf die viatores seu iter agentes, so fällt da-

20) Guyet a. a. O. S. 47 fgg.

mit aller Widerspruch weg." — Dies die Ansicht Guyet's, mit der wir uns eben so wenig befreunden können. Prüfen wir zuförderst etwas näher die Richtigkeit der den Worten inhabitatores und viatores seu iter agentes beigelegten Bedeutung. Die Gründe die für dieselbe angeführt werden, sind folgende: „1) Ulpian bezeichnet im Eingange des zweiten Fragments, als zwei an sich ganz verschiedene Classen von Personen diejenigen, „qui in ea caupona eius cauponae exercendae caussa ibi sunt," und diejenigen, qui habitandi caussa ibi sunt: er unterscheidet also die Gehilfen des Wirths, wohin man seine eigene Familie rechnen muß, gänzlich von denjenigen Personen, welche sich nur im Gasthofe aufhalten, und zwar habitandi caussa, ohne dem Wirthe bei seinem Geschäfte an die Hand zu gehen. Diese letzteren sind die nämlichen Leute, welche einige Zeilen weiter inhabitatores perpetui genannt werden, und man darf folglich dabei weder an die Frau und Kinder, noch an die Knechte und Mägde oder sonstige Hausleute des Wirths denken; Miethsleute aber kommen in Gasthöfen, in welchen der Wirth den vorhandenen Raum zur Betreibung seines eigentlichen Geschäftes braucht, zu selten vor, als daß sie einer solchen ausdrücklichen Erwähnung verdient hätten, und zudem besitzen die Rechtsquellen für den Miethsmann eines Hauses den von Ulpian selbst oft angewendeten Kunstausdruck inquilinus, so daß es auffallend sein würde, statt seiner hier den gar nicht bezeichnenden Aüsdruck nhabitatores gebraucht zu sehen." — Dies der erste Theil der Argumentation Guyet's, durch welchen aber in der That weniger etwas erwiesen, als

Digitized by Google

behauptet wird. Denn warum müssen unter den mit „ii qui habitandi caussa ibi sunt“ bezeichneten Personen gerade solche verstanden werden, die als Gäste in den Gasthof einkehren? Kommen eigentliche Miethleute, die sich bleibend eingemiethet haben, in Gasthäusern in der That so selten vor, daß eine besondere Erwähnung derselben überflüssig? Guyet sagt, Ulpian würde diese letzteren mit dem Namen inquilinus, nicht aber mit dem „hier gar nicht bezeichnenden Ausdruck“ inhabitatores bezeichnet haben. Und doch nennt Ulpian an einer andern Stelle[21]) den Miethsmann, um ihn eben von dem bloß vorübergehenden Gast zu unterscheiden, ausdrücklich habitator nicht inquilinus. — Guyet argumentirt weiter: „2) Aus einem Fragmente des Paulus[22]): in factum actione caupo tenetur his, qui habitandi caussa in caupona sunt: hoc autem non pertinet ad eum, qui repentino hospitio recipitur, veluti viator, sehen wir, daß man zweierlei Einkehren in dem Gasthause unterschied, das repentinum hospitium, und ein anderes, welches zu längerem Zwecke geschah und habitandi caussa genannt wird, denn auch hiebei muß an ein hospitium gedacht werden, weil, wenn es nur ein repentinum hospitium gegeben hätte, Paulus nicht den Fehler begangen haben würde, das alsdann überflüssige und nichts bezeichnende Beiwort repentinum beizusetzen. Nun ist aber der Ausdruck repentinus bei den Römern ein juristisches Kunstwort gewesen, und hat zur Bezeichnung eines solchen rechtlichen Verhältnisses gedient, welches seiner Natur nach nur von

21) L. 1. §. 9. D. de his qui effuderint. (9, 3.)
22) L. 6. §. 3. D. nautae, caupones.

ganz kurzer Dauer und von vorübergehendem Nutzen sein sollte, während sich als Gegensatz bisweilen der Ausdruck perpetuus findet, der bekanntlich nicht allein das auf ewige Dauer Berechnete bezeichnet, sondern auch alles dasjenige, welches nur für eine etwas längere Zeit bestehen soll, so wie gerade in dem zweiten Fragmente von perpetui inhabitatores gesprochen wird. Mithin unterscheidet Paulus diejenigen Gäste, welche nur zu einem ganz kurzen Aufenthalt im Gasthause einkehren, ohne daselbst übernachten zu wollen, und nennt als Beispiel davon Reisende, welche häufig nur zur Befriedigung ihres Hungers und Durstes in dem Gasthause eintreten, und nach Stillung desselben sogleich wieder abreisen, von solchen Gästen, welche zum Zwecke des Wohnens, mithin des längeren Aufenthaltes, in den Gasthof eingekehrt sind, oder Ulpian's perpetui inhabitatores. — Offenbar ist nun diese Unterscheidung zur Auflösung unserer Antinomie zu benutzen, denn Paulus stellt sie gerade zu demselben Zwecke auf, welchen auch Ulpian im Auge hatte, nämlich anzugeben, für welcher Personen verbrecherisch schadende Handlungen der Wirth mit der dupli actio haften müsse, und wir finden also bei Paulus die Erklärung der Worte Ulpian's. Die viatores oder iter agentes des letztgenannten Rechtsgelehrten sind demnach die Gäste, welche Paulus als repentino hospitio recepti bezeichnet, und gerade als Beispiel auch den viator nennt, die perpetui inhabitatores aber sind die von Paulus als habitandi caussa aufgenommen angeführten Gäste." — Dies der zweite Theil der Beweisführung Guyet's, die wir mit des Verfassers eigenen Worten

Digitized by Google

wiedergegeben, um nicht durch einen bloßen Auszug das etwanige Gewicht derſelben zu beeinträchtigen. Ob aber dieſelbe zu überzeugen vermag? Iſt nicht die Bedeutung, die Guyet den Worten perpetui inhabitatores im Gegenſatz zu dem „qui repentino hospitio recipitur, veluti viator“ beilegt, wiederum eine durchaus willkürliche? Warum ſoll der letztere nur einen Reiſenden bezeichnen, der bloß eſſen und trinken, nicht auch übernachten, oder einige Tage ſich ausruhen will? Es ergibt ſich aber außerdem die Unrichtigkeit der Begriffsſtimmungen Guyet's auf das Entſchiedenſte aus folgendem Ausſpruch Ulpian's. Bei Erörterung der Frage, wer mit der actio de effusis et deiectis belangt werden könne, ſagt dieſer [23]):

> habitare autem dicimus vel in suo, vel in conducto, vel in gratuito. Hospes plane non tenebitur, quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur: sed is tenetur, qui hospitium dederit. Multum autem interest inter habitatorem et hospitem, quantum interest inter domicilium habentem et peregrinantem.

Ulpian unterſcheidet hier ſehr beſtimmt die Begriffe habitator und hospes. Den weſentlichen Unterſchied beider ſetzt er darin, daß der erſtere als ein domicilium habens, der letztere als ein peregrinans anzuſehen: „qui non habitat, sed tantisper hospitatur.“ Sollte nun wohl derſelbe Ulpian in directem Widerſpruch mit dieſer, der Natur der Sache ſo angemeſſenen Begriffsbeſtimmung, in unſerer Stelle mit dem Ausdruck perpetui inhabitatores den

23) L. 1. §. 9. D. de his qui effuderint. (9, 3).

Reisenden, der auf einige Tage im Gasthofe sich aufzuhalten gedenkt, haben bezeichnen wollen? und doch müssen wir entweder diese Inconsequenz in der Sprache Ulpian's annehmen, oder glauben, Ulpian sei der Ansicht, der Reisende, der in einem Gasthause übernachtet oder mehrere Tage verweilt, höre dadurch auf ein peregrinans zu sein, und werde zu einem domicilium habens: eine Ansicht, gegen die wohl jeder Reisende protestiren möchte.

Doch abgesehen davon, daß nach dem Obigen sich Guyet's Unterscheidung und demnach auch die darauf gegründete Lösung der Antinomie als unhaltbar erweist, müssen wir dieselbe noch aus einem andern Grunde mißbilligen. Guyet erklärt, in Uebereinstimmung mit Kämmerer, daß, da Niemand zur Eingehung eines Vertrages gezwungen werden könne, nach allgemeinen Gründen eine Verbindlichkeit des Wirthes, Reisende aufzunehmen, nicht behauptet werden dürfe. Wenn er nun gleichwohl späterhin wenigstens gegen einen Theil der Reisenden eine solche Verpflichtung des Wirths annimmt, so hätte er diese, allgemeinen Rechtsprincipien vermeintlich widersprechende, Zwangsverbindlichkeit jedenfalls juristisch rechtfertigen müssen. Dies aber ist nicht von ihm geschehen. Denn als eine eigentlich juristische Rechtfertigung kann es wohl nicht angesehen werden, wenn Guyet anführt, „es würde hart und unmenschlich sein, wenn der Gastwirth den ermüdeten oder ausgehungerten Reisenden ohne weiteres abweisen dürfte." Ist es denn etwa weniger hart und unmenschlich, wenn der Gastwirth dem Reisenden das Nachtquartier versagen, und so ihn in kalter Winternacht getrost erfrieren lassen darf? Und

warum ist es unbilliger gegen den Wirth, wollte man ihn verpflichten, dem Gesindel, dem er, wie Guyet selbst zugibt, den Tag über den Eintritt in das Gasthaus, um sich daselbst nach Belieben auszuruhen und zu stärken, nicht versagen darf, auch eine Schlafstelle zu gewähren? Trifft nicht den Gastwirth auch der Nachtheil, den der Tagedieb anderen Reisenden durch Entwendung u. s. f. zufügt? Muß nicht in solchem Falle der Gastwirth mit der actio ex recepto haften? Und doch ist es oft am Tage für den Wirth schwieriger, zahlreich ab- und zugehende Gäste stets im Auge zu haben, als sich gegen nächtliche Dieberei zu sichern. Durch solche willkürliche Argumentationen wird in der That wenig gewonnen.

Noch ist hier einer mehr gelegentlichen Aeußerung Mühlenbruch's [24]) zu gedenken. Dieser ist der Meinung, daß ein eigentlicher Widerspruch zwischen L. un. § 6 D. furti adversus nautas und L. 1. §. 1. D. nautae, nicht vorhanden sei. In der einen Stelle werde nur gesagt: der Wirth wählt sich seine Gäste nicht, er nimmt sie, wie sie sich eben einfinden; in der andern: eine unbedingte Zwangsverbindlichkeit zur Aufnahme jedes Reisenden findet nicht statt. — Indeß ist bei dieser Erklärung nur der Gesammtinhalt der beiden Fragmente in Betracht gezogen, ohne gehörige Berücksichtigung der einzelnen darin liegenden Momente. Die Worte „nec repellere potest iter agentes," die allein den ganzen Streit veranlaßt haben, um deren rechtliche Deutung es sich vorzugsweise handelt, sind von Mühlenbruch mit Unrecht ignorirt worden.

24) Allgemeine Litteraturzeitung. 1835. Nr. 74. Sp. 588.

Digitized by Google

Unseres Erachtens ist das Vorhandensein einer Antinomie nicht wohl in Abrede zu stellen. Jeder Vereinigungsversuch hat, wie wir gesehen, bisher nur zu Künsteleien und willkürlichen sprachlichen wie sachlichen Annahmen geführt, und wird immer zu solchen führen. Nehmen wir lieber den Widerspruch als solchen hin, und suchen vielmehr zu erklären, wie Ulpian zu demselben gekommen, so wie welchen Einfluß derselbe auf die Beantwortung unserer Streitfrage habe?

Ulpian handelt in dem ersten Fragment von der allgemeinen Verbindlichkeit des Gastwirths für das salvum fore der Sachen jedes Reisenden einzustehen, gleichviel von wem deren Beschädigung oder Entwendung ausgegangen. In dieser Beziehung behauptet er, der Gastwirth müsse schlechthin für die Handlungen der übrigen einkehrenden Reisenden haften[25]). Diese dem Gastwirth durch das prätorische Edict auferlegte, allerdings strenge Verpflichtung will Ulpian als eine nothwendige aus allgemeinen Gründen rechtfertigen. Maxima utilitas est huius Edicti, sagt er[26]) zu dem Ende, quia necesse est, plerumque eorum (sc. cauponum) fidem sequi, et res custodiae eorum committere: ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant: et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus coeundi, cum

25) L. 1. §. 8 u. L. 2. D. nautae, caup. Ulpian: Et puto, omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt: et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum, — Gaius: sicut et caupo, viatorum.

26) L. 1. §. 1. D. eod.

ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus. — Zwei Punkte also hebt Ulpian hier vorzugsweise heraus: einmal die utilitas Edicti, soferne ohne dasselbe der Reisende den Betrügereien des Wirthes preisgegeben sein würde; sodann den Umstand, daß ja der Gastwirth den Reisenden nicht einzunehmen brauche, mithin sich der Verbindlichkeit aus dem Prätorischen Edict entziehen könne. Offenbar tragen diese beiden Rechtfertigungsgründe den Character einer bloßen Privatmeinung Ulpian's, denen, weil sie eben bloße rationes sind, an und für sich Gesetzeskraft nicht beigelegt werden kann, sofern sie nicht anderweitig als Gesetz ausdrücklich anerkannt sind. Dies aber ist nun weder für den einen noch für den andern der Fall. Unsers Wissens ist sonst nirgends im Römischen Recht von einem Gesetz, durch welches die Befugniß des Gastwirths, Reisende nach Belieben aufzunehmen oder abzuweisen, ausgesprochen würde, die Rede.

In dem zweiten Fragmente behandelt Ulpian einen wesentlich andern Fall. Sind schon Gastwirthe im Allgemeinen verpflichtet, für den Schaden, der die Sachen des Reisenden im Gasthause trifft, einzustehen, so steigt diese Verantwortlichkeit, wenn die Beschädigung, Entwendung u. s. f. ausgeht von den eigenen Leuten des Wirths. Der Reisende, der sich und sein Eigenthum ohnehin einer fremden Person und ihm fremder Localität anvertrauen muß, werde doppelt gefährdet sein, wenn er sich von lauter Unredlichen umgeben fürchten müßte. Der Wirth soll daher für die Redlichkeit seiner eigenen Hausleute besonders einstehen, da er sich diese nach vorheriger Prüfung ihres Characters wählen kann, und deshalb dop-

Digitized by Google

pelt bestraft werden, wenn er Taugenichtse hält, durch welche die Sachen der Reisenden entwendet worden sind. Es trifft den Wirth in solchem Falle eine actio in factum auf Ersatz des Doppelten. Unbillig aber würde es sein, den Wirth in dieser größeren Strenge verantwortlich zu machen, auch aus den Handlungen von Personen, für deren Redlichkeit er unmöglich bürgen kann, und über deren Character Nachforschungen anzustellen er weder Zeit noch Gelegenheit hat: so namentlich der Reisenden, die er, durch sein Gewerbe gezwungen, ohne weitere Auswahl, wie sie eben gehen und kommen, hat aufnehmen müssen. Wenngleich daher das Gesetz auf der einen Seite sagt[27]: „caupo praestat factum eorum, qui in ea caupona eius cauponae exercendae caussa ibi sunt," d. h. die Handlungen derer, die, wie etwa die eigene Familie und die Dienstleute, dem Gastwirth bei Ausübung seines Geschäftes an die Hand gehen, „item factum eorum, qui habitandi caussa ibi sunt" d. h. derjenigen, die der Wirth als gewöhnliche Miethsleute in sein Haus aufgenommen hat, so fährt dasselbe doch auf der andern Seite fort: „viatorum autem factum non praestat." — Diese gesetzliche Bestimmung sucht nun Ulpian ebenfalls aus allgemeinen Gründen zu erklären, indem er darauf hinweist, daß der Wirth seine Reisenden nicht abweisen könne, es mithin unbillig sein würde, ihn verantwortlich zu machen für die Nichtsnutzigkeit von Leuten, die er nicht kennt, aber als Gastwirth gleichwohl aufnehmen muß. Um namentlich

27) L. un. §. 6. furti.

die Verschiedenheit der Verpflichtungen in Beziehung auf eigentliche Miethsleute und bloße Reisende, die als Gäste aufgenommen sind, zu rechtfertigen, macht Ulpian auf den Unterschied, der bei Begründung dieser beiden Verhältnisse obwaltet, aufmerksam, indem er sagt: „inhabitatores perpetuos ipse quodammodo elegit, qui non reiecit[28]), quorum factum eum oportet praestare: viatorum autem factum non praestat, namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur, nec repellere potest iter agentes, uneingedenk, daß er früher gerade entgegengesetzt behauptet hatte: „est enim in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant.“ Ist aber demnach auch dieses letztere eine bloße Privatäußerung des Ulpian, so liegt nicht sowohl ein Widerspruch gesetzlicher Bestimmungen vor, vielmehr nur ein Widerspruch allgemeiner, zur Rechtfertigung verschiedener, an sich nicht antinomischer gesetzlicher Bestimmungen, angeführten Gründe, auf den bei Entscheidung unserer Streitfrage um so weniger Gewicht gelegt werden kann, als ja auch bei Gesetzen nicht sowohl die in denselben etwa ausgesprochene ratio legis, als vielmehr die gesetzliche Bestimmung an sich in Betracht zu ziehen ist. Wie übrigens Ulpian dazu gekommen, so widersprechende Behauptungen aufzustellen, ist leicht begreiflich. In dem einem Falle kam es ihm darauf an, im Interesse der Billigkeit und des Reisenden die oben erwähnte allgemeine Verbindlichkeit

28) Denn zur Eingehung eines förmlichen Miethvertrages kann der Gastwirth nicht gezwungen werden, so wenig als sonst ein Hausbesitzer u. s. f.

Digitized by Google

des Gastwirths zu rechtfertigen: in dem andern Falle dagegen schien dieselbe Billigkeit zu erfordern, von dem Gastwirth die speciellere strenge Verpflichtung abzuwenden, die, ohne gerade das Interesse des Reisenden zu sehr zu gefährden, dem ersteren nicht ohne Unbilligkeit aufgebürdet werden könnte. Daß bei diesem Bestreben das interdum dormitat bonus Homerus auch einmal einem Upian widerfahren, ist gewiß verzeihlich, und findet seine Analogie in der Dogmengeschichte aller Zeiten.

Wenn nun für unsere Streitfrage die Ausprüche der Quellen eine Entscheidung nicht bieten, glauben wir bei dem aus allgemeinen Rechtsprincipien gewonnenen Resultate stehen bleiben, mithin schon privatrechtlich eine Verbindlichkeit des Gastwirths, den Reisenden aufzunehmen, behaupten zu müssen.

Wenden wir uns nun zu dem polizeilichen Standpunkte.

Es ist hier nicht der Ort zu untersuchen, wie sich allmälig in unsern modernen Staaten die Polizeigewalt zu ihrer gegenwärtigen Bedeutung entwickelt, noch auch hinzuweisen auf den Gegensatz, in welchem dadurch unsre Staaten zu denen des Alterthums sich befinden. Wir haben es hier nur mit dem Einfluß der Polizeigewalt auf die in Rede stehende Frage zu thun. Dem Römischen Recht war eine polizeiliche Beaufsichtigung der Gasthöfe in der Weise, wie wir in unsern Staaten sie finden, unbekannt. Das Prätorische Edict begnügte sich damit, die Gastwirthe in der oben angeführten Weise privatrechtlich zu verpflichten, indem es dadurch für die Sicherheit der Reisenden hinlänglich gesorgt zu haben meinte. Von ei-

Digitized by Google

ner zu Anlegung eines Gasthofes erforderlichen polizeilichen Erlaubniß finden wir keine Spur. Ueberhaupt scheint das ganze Gewerbe ein verachtetes gewesen, und von Leuten niederen Standes betrieben worden zu sein[29]). Ganz anders verhält es sich in unserer Zeit. In den meisten Staaten gibt es ein freies Recht des Einzelnen, einen Gasthof nach Belieben anzulegen, nicht, vielmehr bedarf es dazu obrigkeitlicher Concession[30]). Wir fragen, zu welchem Ende? Soll etwa dadurch nur ein gewöhnliches Privilegium begründet werden, von dem nach Belieben Gebrauch zu machen in der Willkür des Berechtigten stände? Wir glauben nicht. Die Polizei, indem sie die Ertheilung einer Erlaubniß sich vorbehalten, will nicht nur dem vorbeugen, daß an einem Orte zu viel Gasthöfe entstehen: sie will sich dadurch zugleich die fortwährende specielle Aufsicht über die Gasthöfe, im Interesse der Reisenden, bewahren. Also für die Reisenden soll gesorgt werden; mithin haben diese auch ihrer Seits ein Recht

---

29) Man vergleiche die Aeußerungen Ulpian's in l. 1. §. 1. und l. 3. §. 1. D. nautae.

30) An manchen Orten Deutschlands ward die Gastwirthschaft sogar als ein Regal angesehen. Vgl. Fischer Lehrbegriff sämmtlicher Kameral- und Polizeirechte Bd. III. §. 295 u. fgg. Ueber das einheimische provincielle Recht in dieser Beziehung s. v. Bunge das Liv- und Esthländische Privatrecht. (Dorpat, 1838. 8. Bd. I.) §. 85. Nr. 5. Hinsichtlich Esthlands vergl. noch das Ritter- und Landrecht B. VI. Tit. 3. Art. 1., und hinsichtlich Curlands mehrere Landtagsschlüsse in G. P. M. von der Recke's Auszug der wichtigsten Sachen aus den landtäglichen Schlüssen ꝛc. (Mitau, 1790. 8.) S. 72. — Für die Städte s. die Allerh. Verordnung vom 14. März 1821 und v. Bunge's Darstellung des Russ. Handelsrechts (Dorpat 1829. 8.) §. 17 u. fg.

Digitized by Google

auf die Gasthöfe, als auf ein zu ihrem Besten unter öffentlicher Aufsicht und ein mit öffentlicher Genehmigung errichtetes Institut. Wollte der Gastwirth Reisende nach Belieben abweisen, so würde dadurch nicht nur der Zweck, zu welchem ihm die obrigkeitliche Concession gegeben, dessen Erfüllung mithin als eine conditio tacita anzusehen ist, verletzt, sondern zugleich auch das Anrecht, das der Reisende als solcher auf das Gasthaus hat. Um so mehr ist dies der Fall, wo die Obrigkeit an einem Orte nur eine bestimmte Anzahl von Gasthöfen duldet, wo also, je weniger der Gasthöfe sind, desto mehr der Reisende, stände es in dem Belieben der Gastwirthe ihn aufzunehmen oder abzuweisen, Gefahr liefe, unter freiem Himmel campiren zu müssen. Selbst von dem Gesichtspunkt eines Privilegiums aus, würde man die beliebige Abweisung eines Reisenden als einen Mißbrauch der ertheilten Concession ansehen können, die gerade zu einem entgegengesetzten Zwecke gegeben ward. Daß dieser Zweck erfüllt werde, darüber zu wachen steht unstreitig der Obrigkeit, als der Ertheilerin des Privilegiums, zu.

Gehen wir nun nach diesen allgemeinen Vorbemerkungen auf die besonderen provinciellen Bestimmungen über, um zu sehen, in wie weit dieselben eine Bestätigung des bisher Angeführten enthalten. Im Wesentlichen stimmen die Liv-, Esth- und Curländischen polizeilichen Verordnungen über diesen Gegenstand mit einander überein. Die Livländischen behandeln ihn jedoch ausführlicher, und sind schon deshalb vorzugsweise in näheren Betracht zu ziehen[31]). Wir finden hier zunächst eine Königl.

31) Die Esthländischen und Curländischen Verordnungen

Schwed. Resolution vom 31. October 1662[32]), worin es heißt:

§. 11. Die freie Schüßung in Livland invalidiren J. K. M. gänzlich, und beordern dahero hiemittelst den General-Gouverneurn, selbige hinkünftig abzuschaffen; dagegen hat sich die Ritterschaft und der Adel mit dem General-Gouverneuren dahin zu vereinigen, daß bequeme Krüge auf denen Landwegen angebauet werden, woselbst man allezeit gewisse Pferde in Verpflegung, vor Bezahlung zur Reisebeförderung dererjenigen, so auf dem Wege begriffen sind, finden möge.

Zwar behauptet v. Buddenbrock[33]), daß diese Bestimmung gegenwärtig nicht mehr zur Anwendung komme, nachdem späterhin besondere Postirungsanstalten in Livland eingeführt worden; allein für unsern Zweck ist das gleichgültig, da jedenfalls aus der betreffenden Verordnung hervorleuchtet, wie durch Anlegung bequemer Krüge gesetzlich für das Interesse der Reisenden gesorgt werden solle. Weiter heißt es in den Livländischen Landesordnungen v. J. 1668. Abschn. VII.[34])

Wie unter andern Polizeiordnungen auch diese nicht vor die geringste zu halten ist, daß sowol der

---

finden sich an den in der vorhergehenden Note angeführten Stellen.

32) Sammlung der Gesetze, welche das heutige Livländische Landrecht enthalten. Kritisch bearbeitet (von J. G. v. Buddenbrock). Bd. II. Abtheilung 1. (Riga, 1821. 4.) S. 280.

33) v. Buddenbrock a. a. O. S. 289.

34) Ebendas. S. 587.

Digitized by Google

Frembde als Einheimische forderst auf seine Reise im Lande, in denen Krügen und Stadollen mit Nothdurft und Bequemlichkeit versehen werden möge, zumal es die tägliche Erfahrung bisher bezeiget, daß durch den neulichst entbrandten Krieg, die meisten Krüge und Stadollen im Lande zerfallen, und noch nicht recht dergestalt wieder angefertiget sind, daß der reisende Mann mit bei sich habenden Pferden und Wagen sicher und trucken darin stehen, auch vor sein Geld etwas bekommen könne, so werden derowegen hiemit und in Kraft dieses auch die alten hierinne verfaßten guten Satzungen und Resolutiones wieder erneuret, dergestalt, daß jeder von Adel und jeder Landes Eingesessene, der die Freiheit hat, soweit das Seine gehet, Krüge und Stadollen zu setzen, dieselbige auch sowol in wesentlichem Baue, und unter gutem Dach erhalten, als auch in denselben vor dem reisenden Mann Brod, Bier, Brandwein, Haber, Heu und Stroh haben und halten soll.

Diese Vorschrift ist in der Folgezeit wiederholt erneuert und eingeschärft worden. So sollen namentlich, nach dem Patente des Livl. Generalgouvernements vom 5. April 1745[35]), „diejenigen, welche Krüge zu bauen und zu halten berechtigt sind, solche nach der in den Landesordnungen S. 688 befindlichen Vorschrift, bei willkührlicher Strafe halten." Nach dieser Vorschrift

35) Vgl. Nielsen Handbuch zur Kenntniß der Polizeigesetze Th. 1. Abschnitt 10 S. 112. II. §. 1.

müssen die Krüge auf den öffentlichen Heerstraßen, mit guten Stadollen, Stuben und Kammern für die Bauern und gemeinen Leute und Pferde versehen sein. Sie sollen in guter Reparatur und unter gutem Dach gehalten werden. Ueberdem soll bei den Krügen noch ein Gebäude mit Stuben, Kammern, Schornsteinen, Kaminen, Oefen für die Reisende nebst guter und bequemer Stallung befindlich sein, und in den Krügen sollen gute Deutsche oder andere Krüger, die den Krügen gebührend vorstehen können, gesetzt werden. Alle Krüge sollen mit der nöthigen Provision an Haber, Heu und anderm Nothwendigen für den Reisenden versehen sein, widrigenfalls sie mit 10 Rthlr. Strafe jedesmal bei etwaniger Visitation belegt werden sollen.

Sind nun diese Anordnungen unzweideutig zum Besten des Reisenden getroffen, so muß derselbe auch seiner Seits ein Recht darauf haben. Er darf daher, wo diesen Anordnungen nicht Folge geleistet ist, sich beschweren, und auf Bestrafung dringen. Ausdrücklich heißt es in den erwähnten Landesordnungen von 1668:

> Wenn aber derjenige, der die Freiheit (Krugsberechtigung) hat und obgesetzter Maßen seine Krüge und Stadollen nach publicirter dieser Ordnung inner Jahr und Tag nicht fertig hält, und dessen durch den Ordnungsrichter und den Reisenden überwiesen wird, so soll er jedesmal auf zehn Reichsthaler, halb ad pios usus, und halb dem Ritterhause zu erlegen, verfallen sein.

Sollte nun wohl der Reisende, der, wenn er nicht in der gehörigen Weise aufgenommen wird und den Krug

mit den gesetzlich vorgeschriebenen Bequemlichkeiten nicht versehen findet, ein Klagerecht hat, sich gänzliche Abweisung gefallen lassen müssen? Sollte er, der für seine Pferde Stallung und Futterung zu fordern berechtigt ist, nicht auch für seine Person Obdach und Speise verlangen können?

Man wird vielleicht einwenden, daß diese für Krüge auf dem Lande erlassenen Bestimmungen auf Gasthöfe in den Städten nicht anzuwenden seien. Die Errichtung der ersteren sei gesetzlich geboten, die der letzteren dagegen nicht. Vielmehr begnüge sich das Gesetz, denen, die wenngleich nach eingeholter obrigkeitlicher Concession[36]),

---

36) In der für alle Städte des Russischen Reiches, mit Ausnahme von St. Petersburg und Moskau, erlassenen Allerh. Verordnung vom 14. März 1821 heißt es §. 17 ausdrücklich: „Anlangend aber die Gasthäuser, Restaurationen, Kaffeehäuser und Garküchen, so kann ein und dieselbe Person mehrere dieser Nahrungen von einer oder verschiedener Art halten, nur muß für jede Nahrung ein besonderer Bewilligungsschein ertheilt werden." Dieser Bewilligungsschein muß nach §. 50 derselben Verordnung jährlich gegen Entrichtung einer bestimmten Abgabe erneuert werden: „Die Termine zur Acciseentrichtung und zum Empfange der Bewilligungsscheine, welche jährlich zu erneuern sind, werden vom 1. November bis zum 1. December festgesetzt." In derselben Verordnung wird außerdem festgesetzt §. 53: „Der Ablauf der jährlichen Frist eines Bewilligungsscheines nimmt dem Nahrungsinhaber nicht das Recht, dieses Gewerbe in der ihm bewilligten Nahrungsanstalt fortzusetzen; sondern er kann im Gegentheil dieses Recht, so lange er es selbst wünscht, beständig und ununterbrochen genießen, nur muß er vor Antritt eines jeden Jahres den in seinen Händen befindlichen Schein zu der in §. 50 dieser Verordnung bestimmten Zeit erneuern." Eine diesem § angehängte Anmerkung fügt hinzu: „Es versteht sich von selbst, daß derjenige, von dem man gesetz-

Digitized by Google

so doch aus freiem Willen, einen Gasthof eröffnet, gewisse Verbindlichkeiten aufzuerlegen. — Allein der Unterschied, der allerdings bei der Begründung der beiden Verhältnisse obwalten mag, ist für die Beantwortung unserer Frage von keinem erheblichen Einfluß. Die Verpflichtungen des Krügers wie des Gastwirths sind im Allgemeinen dieselben. Wenn auch diesen letzteren das Gesetz vorschreibt[37], gehörig eingerichtete Zimmer, so wie sonstige für die Bequemlichkeit der Reisenden erforderliche Bedürfnisse stets in Bereitschaft zu halten, so müssen wir in gleicher Weise daraus ein Anrecht des Reisenden darauf herleiten. Demnach tragen wir kein Bedenken auch polizeirechtlich eine Zwangsverbindlichkeit des Gastwirths, den Reisenden aufzunehmen, zu behaupten. Hiemit stimmen nicht

---

widrige Handlungen und Nichterfüllung seiner Verpflichtung, in Bezug auf den Nahrungsbesitz der Anstalt, bemerkt, als ein unzuverlässiger Mensch dieses Recht nicht genießen kann."

37) So heißt es in der angeführten Verordnung vom 14. März 1821. §. 32: „Die, den Gasthäusern bestimmten, besonderen Zimmer müssen in verschiedene, mit Nrn. bezeichnete Abtheilungen geschieden, anständig meublirt, und mit Betten zum Uebernachten, so wie mit allen Bequemlichkeiten zum ruhigen Wohnen versehen sein;" desgleichen in §. 36: „Den Inhabern der Gasthäuser, Restaurationen, Kaffeehäuser, Traiteurs und Garküchen wird zur unfehlbaren Pflicht gemacht, daß die von ihnen verkauft werdenden Eßwaaren aus frischen Bestandtheilen, und die, jenen Nahrungsanstalten gestatteten Getränke von guter Beschaffenheit, ohne jede Beimischung, und von derselben Güte sind, wie sie an den zu ihrem Verkaufe bestimmten Orten eingekauft worden." Endlich in §. 90. Nr. 3: Die Stadtpolizei hat darauf zu sehen, „daß in den Gasthäusern die besonderen Zimmer für Reisende in gehörigem Stande sich befinden, und daß sowohl in diesen Wirthshäusern, als in allen andern Nahrungsanstalten, die möglichste Reinlichkeit und Sauberkeit beobachtet werde."

nur namhafte ältere[38]), wie neuere[39]) Polizeirechtslehrer, sondern auch einzelne Landes- und Polizeiordnungen[40]) überein.

Eine andere Frage aber ist freilich, wie weit diese Verbindlichkeit reiche. Daß factische Unmöglichkeit der Erfüllung den Gastwirth entschuldige, so namentlich wenn alle Zimmer des Gasthauses bereits besetzt sind, versteht sich von selbst. Der Grundsatz des Römischen Rechts[41]) „impossibilium nulla obligatio est" kommt hier zur Anwendung. Dabei kann es natürlich keinen Unterschied machen, ob z. B. sämmtliche Zimmer des Gasthauses bereits wirklich besetzt, oder im Voraus von noch nicht eingetroffenen Reisenden bestellt worden sind, denn der

---

38) So Bernhard von Rohr, vollständiges Haushaltungsrecht. Buch IX. cap. VII. §. 2. Leipzig 1716. Heumann, initia iuris politiae Cap. XXXI. §. 258. Nürnberg 1757.

39) Hagemann, Handbuch des Landwirthschaftsrechts. Abschnitt 4. Cap. 7. §. 68. Hannover 1807. Eschenmayer, Lehrbuch über das Staatsöconomierecht. Bd. II. §. 687. Frankfurt a. M. 1809.

40) So heißt es in der Brandenburger Polizeiordnung von 1561. Art. 3: „welcher Gastwirth nicht geschickt wäre, seine Gäste zu bewirthen, oder sich des Herbergens weigern würde, soll uns 10 Fl. zur Strafe verfallen sein;" desgleichen in der Meklenburger Polizeiordnung von 1572 Tit. 32: „so wollen und befehlen wir —— daß sie zur Nachrichtung des fremden wandernden Mannes, Zeichen oder Schilde aushängen, oder über die Thüren schlagen, sich mit Lager, Vorrath und Nothdurft gefaßt machen, und die wandernden Leute, sie kommen zu Roß, Wagen oder Fuß, einnehmen und herbergen. und dieselben nicht zu andern Leuten verweisen, es wäre denn daß sie allbereit so viel Gäste hätten, daß sie die nicht annehmen könnten. Vergl. auch Cursächsische Polizeiordnung Titel 12.

41) L. 185. D. de R. I.

Digitized by Google

Wirth darf dann über dieselben nicht mehr frei disponiren, daher er unzweifelhaft, kommt der angemeldete Reisende nicht, gegen denselben eine Entschädigungsklage hat. Seine eigenen Wohnzimmer den Reisenden zu überlassen, kann der Wirth eben so wenig gezwungen werden, als er berechtigt ist, über Zimmer, die er bereits andern abgetreten, oder besonders, sei es für längere Zeit oder für einen vorübergehenden Zweck, für eine Abendgesellschaft, Ball, Concert u. dgl. vermiethet hat, zu verfügen. Guyet[42] redet auch von einer moralischen Unmöglichkeit. Was er hier darunter verstehe, ist freilich etwas undeutlich. Vielleicht wollte er damit andeuten, daß es für manche Fälle gesetzlich untersagt ist, die Reisenden aufzunehmen. Verbote dieser Art kommen allerdings in den verschiedenen Landespolizeiordnungen vor. Wir beschränken uns hier billig vorzugsweise auf die einheimisch provincialrechtlichen Bestimmungen.

Die mehrerwähnte Verordn. v. 14. März 1821 schreibt vor:

§. 28: Der Eintritt in die Gasthäuser, Restaurationen, Kaffeehäuser und Traiteurs, wird Jedem in anständiger Kleidung und von äußerlich gutem Aussehen gestattet. Dahingegen sind Soldaten und Leute in Bediententracht in die Anstalten nicht einzulassen. Den Frauensleuten wird auf gleiche Weise nur der Eintritt in die Traiteurs untersagt.

---

42) Guyet a. a. O. S. 52. Soll etwa damit gesagt sein, daß abweichende moralische Ueberzeugung den Gastwirth zur Abweisung des Reisenden berechtigt? z. B. wenn der erstere ein Pietist, der andere ein Atheist oder Rationalist u. s. w.: der erstere ein Schweizer und der letztere Dr. Strauß wäre?

Digitized by Google

Beim ersten Anblick scheint hierin allerdings ein allgemeines, für unsre Frage wichtiges Verbot ausgesprochen zu sein. Soldaten und Leute in Bediententracht sollen in „diese Anstalten nicht eingelassen werden" wohin bei der Allgemeinheit des Ausdruckes auch die Gasthäuser gerechnet werden müssen. Indeß kann dies der Sinn des Gesetzes nicht sein, da man reisenden Soldaten und Bedienten nicht zumuthen wird, den letzteren noch dazu getrennt von ihren Herren, der ihrer bedarf, unter freiem Himmel zu campiren. Das für Soldaten und Bediente ausgesprochene Verbot ist demnach wol nur auf den Besuch von Kaffeehäusern und Traiteurs zu beziehen. Dafür sprechen auch die gleich darauf folgenden Worte „den Frauensleuten wird auf gleiche Weise nur der Eintritt in die Traiteurs untersagt; da das Gesetz wohl schwerlich allen Frauen den Zutritt in Gasthöfen verschließen wollte. So reducirt sich für unsere Frage der Inhalt der vorliegenden Vorschrift darauf: „daß Jedem in anständiger Kleidung und von äußerlich gutem Ansehen der Eintritt in den Gasthäuser gestattet sei." Es fragt sich aber, ob selbst aus diesen Worten ein gesetzliches Verbot hergeleitet werden könne, so daß der Gastwirth, der gleichwohl einen Reisenden von nicht eben äußerlich sehr empfehlenswerthen Ansehen aufgenommen, als Uebertreter des Gesetzes, der im §. 62 angeordneten Strafe verfiele?[43]) Wir glauben nicht. Vielmehr dürfte der Gastwirth auch zur Aufnahme solcher Reisenden verpflichtet

43) Hier heißt es: „Von dem Inhaber eines Gasthauses, einer Restauration, eines Kaffeehauses und Traiteurs, welcher

sein, da die Annahme des Gegentheils sich schwerlich mit allgemeinen Rechtsprincipien, so wie mit der öffentlichen Bestimmung der Gasthäuser vereinigen lassen möchte. Demnach sind wir der Ansicht, daß in dem §. 28 der Gasthäuser entweder aus Versehen Erwähnung geschehen, oder daß damit weniger das Gasthaus, sofern es zur Aufnahme von Reisenden, als vielmehr so fern es Restauration für solche ist, die nicht gerade dort logiren wollen, gemeint, und in dieser letzteren Beziehung der Zutritt zu demselben denen, die nicht in anständiger Kleidung und von äußerlich gutem Ansehen, untersagt worden sei. Für die Richtigkeit der ersteren Vermuthung spricht der Umstand, daß bei Aufnahme des §. 28 der Verordnung v. 1821 in den Swod der Russischen Gesetze[44]), die Worte „in die Gasthäuser" weggelassen sind, und dadurch jenes Verbot der Aufnahme von Soldaten und Leuten in Bediententracht, so wie derer, die nicht „in anständiger Kleidung und von äußerlich gutem Aussehen" sind, ausdrücklich auf Restaurationen, Kaffeehäuser und Traiteurs beschränkt worden ist.

Ein anderes Verbot scheint darin zu liegen, daß nach Allerhöchsten, wiederholt erneuerten Verordnungen Deserteure, Läuflinge und Paßlose von Niemand beher-

---

Leute, denen der Zutritt in diese Anstalten untersagt worden, in seine Nahrungsanstalt einläßt, wird zum Besten der Stadtcasse und zwar für das erste Mal eine Pön von 10, fürs zweite von 25 und für das dritte Mal eine Pön von 50 Rubel beigetrieben, beim vierten Male hingegen verliert er das Recht zum Halten dieser Nahrung und wird dem Gerichte übergeben.

44) Swod der Russ. Gesetze über die Vorbeugung der Verbrechen (Bd. XIV) Art. 194.

Digitized by Google

bergt werden sollen. Daraus folgt indeß keineswegs eine Berechtigung des Gastwirths, dergleichen Personen abzuweisen, vielmehr ist er wie überhaupt jeder verpflichtet, sie aufzunehmen, um sie der Polizei zu überliefern[43]). Dasselbe gilt von dem Verbot der Aufnahme solcher Personen in Gasthäuser, die, wenn wegen ansteckender Krankheiten Quarantaineanstalten errichtet sind, ohne ein Entlassungszeugniß aus denselben, in den Gasthof aufgenommen zu werden verlangen.

Demnach ergibt sich, fassen wir die einzelnen Resultate der obigen Untersuchungen zusammen, daß Gastwirthe privat- wie polizeirechtlich zur Aufnahme der Reisenden verpflichtet seien, selbst in solchen Fällen, wo ein eigentliches Beherbergen der letztern gesetzlich verboten ist.

II.

Die Classen der Concursgläubiger nach Livländischem Landrecht.

Von Dr. F. G. v. Bunge.

§. 1.

Einleitung.

Zu den streitigsten und verworrensten Lehren der Livländischen landrechtlichen Praxis gehört ohne Zweifel die von der Ordnung der Gläubiger im Concurse. Nicht

43) Vergl. die einzelnen Gesetze, welche im Swod der Gesetze über Pässe und Läuflinge (Bd. XIV,) Art. 364 und 475 u. fgg. angeführt sind.

Digitized by Google

nur, daß es über den Vorzug einzelner Gläubiger unter einander und den Umfang ihrer Berechtigung viel des Schwankenden und Streitigen giebt, auch über die Claſſen, in welche die Gläubiger überhaupt zerfallen, iſt man nichts weniger als einig; dazu kommt noch daß ſelbſt in den Grundbegriffen, namentlich über das Weſen der verſchiedenen Arten von Pfandgläubigern, die gröbſten Irrthümer und Verwechſelungen vorkommen; ja es findet ſich ſogar auf die Frage, aus welchen Quellen hier zu ſchöpfen ſei, keine übereinſtimmende Antwort. Es dürfte daher dieſe Lehre vorzugsweiſe einer ausführlichen und gründlichen Reviſion bedürfen, und dazu ſollen in dem Nachſtehenden einige Materialien geliefert werden. Vor Allem ſollen nämlich die Quellen, welche dieſer Lehre zum Grunde zu legen ſind, geprüft und feſtgeſtellt, ſodann die Claſſen der Concursgläubiger, welche ſich daraus ergeben, begründet, und ſchließlich die in dieſer Hinſicht bei den Practikern vorkommenden Abweichungen widerlegt werden. Specielle Erörterungen über alle einzelnen zu jeder Claſſe gehörenden Gläubiger und deren Ordnung unter einander müſſen anderer Gelegenheit vorbehalten bleiben.

§. 2.

Rechtsquellen.

Eine geſchichtliche Entwickelung des Schuldproceſſes nach Livländiſchem Landrecht ſeit den älteſten Zeiten dürfte hier nicht am rechten Orte ſein, vielmehr die Bemerkung genügen, daß mindeſtens ſeit dem Anfange des 17ten Jahrhunderts die Priorität der Concursgläubiger in Livland ohne alle Zweifel nach dem Römiſchen Rechte

und dem gemeinen Deutschen Rechte überhaupt beurtheilt worden ist, zumal in den älteren einheimischen Quellen, mit Ausnahme einer dem Sachsenspiegel entlehnten Stelle des mittl. Livländischen Ritterrechts über das Privilegium des Gesindelohns[1]), sich gar keine Bestimmung über Gläubigerordnung findet. Die Rechtsquellen aus der Zeit der Schwedischen Herrschaft setzten zwar Mancherlei über die Priorität einzelner Forderungen fest[2]) stellten jedoch keine allgemeine Classification der Gläubiger auf. Mit Rücksicht auf jene einzelnen Bestimmungen entwarf dagegen eine Gläubigerordnung Peter Abrahamson, der Herausgeber des Schwedischen Landlags (Stockholm, 1702), in einer ausführlichen Anmerkung zum 22. Cap. des 3ten Titels: von Erbschaften. Diese Anmerkung (e) ging auch in die Deutsche Uebersetzung der Abrahamsonschen Ausgabe des Landlags vom J. 1709 über[3]), und wurde, gleich seinen übrigen Noten zum Landlag von der landrechtlichen Praxis in Livland als Rechtsquelle recipirt[4]). Sie schloß indeß keineswegs die Anwendung des gemeinen Rechts in dieser Lehre aus, sondern beide galten nebeneinander, jedoch so, daß das gemeine Recht nur als subsidiäres betrachtet wurde. Daß auch heut zu Tage die Ordnung der Concursglaubiger zunächst nach der Not. e pag. 140 fgg. LL., und in subsidium nach dem

1) Mittl. Ritterrecht Cap. 20: „Van dem erve schal men allererste dem gesynde gelden er vordenet lohn, dat em gelavet was etc." Quelle: Sachsensp. I. Art. 22 §. 2.

2) Vergl. unten §. 4.

3) G. F. G. v. Bunge's Liv- u. Esthl. Privatrecht §. 8.

4) Ebendas. §. 9.

Digitized by Google

gemeinen Recht zu beurtheilen ist, kann man im Ganzen als unbestritten annehmen [5]) denn daß Manche statt des gemeinen Rechts nur das Römische nennen, ist offenbar nur einer Ungenauigkeit des Ausdruckes beizumessen [6]). Nur von Buddenbrock [7]) weicht in soweit ab, als er auch noch das Rigische Stadtrecht, und zwar, wie es scheint, nach dem gemeinen Recht, als Quelle bei der Classification der Gläubiger nach Landrecht angewandt wissen will, worin er wohl nicht leicht einen Nachfolger finden dürfte [8]).

Zu den genannten Rechtsquellen kommt noch hinzu die Praxis, welche theils auf Präjudicaten, hauptsächlich des Livländischen Hofgerichts, theils auf den Schriften der Practiker — Nielsen, v. Buddenbrock, Samson v. Himmelstiern [9]) — beruht.

---

5) C. H. Nielsen's Proceßform in Livland S. 504 fgg., G. J. v. Buddenbrock, Sammlung der Gesetze Bd. II. S. 1041, R. J. L. Samson v. Himmelstiern Institutionen des Livländ. Processes §. 1354 fgg.

6) Vergl. v. Bunge a. a. O. §. 14.

7) A. a. O.

8) Ueber die völlige Gehaltlosigkeit der Ansicht von der gegenseitigen subsidiären Anwendung einander coordinirter Rechtsquellen — welche freilich im Allgemeinen auch v. Samson (über Bunge's Recension seines Erbrechts. S. 105 Anm.) nicht fremd ist — vergl. Bunge a. a. O. §. 24. — Eine ganz andere Frage ist es, in wie fern bei einen Specialconcurse über ein städtisches Immobil, welches einem Edelmanne, oder sonst einem persönlich dem Landrecht unterworfenen Individium gehört, das örtliche Stadtrecht zur Anwendung komme. S. Bunge §. 17 a. E. und §. 24.

9) In den oben Anm. 5 genannten Schriften.

Digitized by Google

§. 3.

Classen der Concursgläubiger nach Römischem und gemeinem Deutschen Recht.

Das Römisch-Justinianeische Recht schloß die Vindicanten und Separatisten aus dem Concurse gänzlich, die Pfandgläubiger aber insofern aus, als es letzteren gestattet, ihre Befriedigung außerhalb des Concurses aus dem Pfande zu suchen. Es kannte daher nur zwei Classen von Concursgläubigern, nämlich solche, die ein privilegium exigendi haben, und solche, die mit keinem Privilegium versehen sind. Das gemeine Deutsche Recht dagegen zog auch die Pfandgläubiger mit in den Concurs hinein, theilte dieselben — je nachdem sie privilegirt sind oder nicht — in zwei Classen, und setzte beide den chirographarischen Gläubigern zwar vor, sprach jedoch einzelnen an sich bloß chirographarischen Gläubigern ein ganz besonderes Privilegium zu, vermöge dessen sie den Vorzug selbst vor den privilegirten Pfandgläubigern erhielten [10]). Demnach werden im heutigen gemeinen Recht sämmtliche eigentlichen Concursgläubiger — mit Ausscheidung der Vindicanten, Separatisten und Massegläubiger — in folgende fünf Classen [11]) eingetheilt:

---

10) A. Schweppe, das System des Concurses der Gläubiger (3. Ausg. Göttingen 1829. 8.) §. 67.

11) In dieser Abtheilung stimmen die meisten älteren und alle neueren Lehrer des gemeinen Rechts überein: C. C. Dabelow, Entw. der Lehre vom Concurse d. Gl. (Halle, 1801. 4.) S. 592, 595 fgg., A. S. Kori, System des Concursprocesses (2. Ausg. Lpz. 1828. 8.) B. II. §. 5 fgg, Schweppe a. a. O., F. Mackeldey, Lehrb. des heut. Röm. Rechts (11. Ausg. Gießen 1838. 8.) §. 781 fgg., A. F. J. Thibaut, System des Pandectenrechts

Digitized by Google

I. Absolut privilegirte Gläubiger. Dahin werden unbestritten gerechnet die Leichenkosten, das Gesindelohn, und der Fiscus wegen rückständiger Abgaben; von den meisten Rechtslehrern auch die Kosten der letzten Krankheit des Gemeinschuldners [12]).

II. Privilegirte Pfandgläubiger. Zu diesen gehören: der Fiscus wegen einer Primipilarschuld und wegen Contractsansprüchen, derjenige, welcher zum Ankauf einer Militia Geld vorgeschossen, die Ehefrau wegen ihres Brautschatzes, diejenigen, durch deren Creditiren eine Sache in das Vermögen des Schuldners gebracht oder demselben erhalten ist; Viele ziehen auch den rückständigen Kaufschilling hierher. Unter diesen Pfandgläubigern genießen einige schon eines gesetzlichen, stillschweigenden Pfandrechts, Andere müssen das Pfandrecht durch ausdrückliche Bestellung erworben haben.

III. Einfache, nicht privilegirte Pfandgläubiger, sie mögen nun ein öffentliches oder Privatpfandrecht haben, und das Pfandrecht mag durch das Gesetz oder durch ausdrückliche Bestellung erworben sein.

(8. Ausg. Jena, 1834. 8.) §. 807 fgg. C. F. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandectenrechts (2. Ausg. Halle, 1837. 8.) §. 173 C. Martin's Lehrb. des bürgerl. Processes (9. Aufl. Gött. 1830?) §. 323? Vergl. auch J. N. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilrechts (5. Aufl. München 1837 fg. 8.) §. 204 (35) und 205 a. E., und G. F. Puchta, Lehrb. der Pandecten (Leipz. 1838. 8.) §. 225, vergl. mit §. 193. fg.

12) Sowohl bei dieser als bei den folgenden Classen wird für den vorliegenden Zweck die kurze Angabe der zu jeder gehörigen Gläubiger, und wegen des Details die Verweisung auf die in der vorhergehenden Anmerkung aufgeführten Schriften genügen.

Digitized by Google

IV. Privilegirte (mit einem privilegium exigendi versehene) chirographarische Gläubiger. Dazu werden gerechnet: Der Fiscus wegen aller nicht sonst privilegirten Forderungen, die Braut wegen der Dos, bevormundete Personen gegen den Vormund wegen der Administration, diejenigen, welche zur Wiederherstellung eines Gebäudes, zum Ankauf, Erbauung oder Ausrüstung eines Schiffes creditirt haben, diejenigen, welche bei einem Argentarius Geld unverzinslich deponirt haben; Einige wollen auch den Städten, Kirchen und Stiftungen, demjenigen, der das rückständige Kaufpretium zu fordern hat, desgleichen wegen aller gerichtlichen und Privat-Depositа ein privilegium exigendi zugestanden wissen.

V. Einfache chirographarische Gläubiger.

§. 4.

Classen der Concursgläubiger nach der Nota e pag. 140 fgg. LL.

Nota e. pag. 140 fgg. LL. theilt die Concursgläubiger nicht ausdrücklich in einzelne Classen ab, sondern stellt sie schlechthin in einer bestimmten Reihenfoge hinter einander auf. Wenn man jedoch diese Reihenfolge zergliedert, so ergiebt sich deutlich, daß derselben die gemeinrechtliche Eintheilung in fünf Classen zum Grunde liegt. Zum Beweise soll nachstehend die angeführte Note des Landlag durchaus wörtlich abgedruckt werden, jedoch so, daß Behufs der Uebersicht der Classification durch eingeklammerte Römische Ziffern die Classen, die einzelnen Forderungen aber (wo dies nicht schon vom Verfasser der Note geschah) durch eingeklammerte Arabische Ziffern bezeichnet

Digitized by Google

werden a). Es ist nur noch zu bemerken, daß, wie das gemeine Recht, so auch die Note e die Vindicanten und und Separatisten ausscheidet, bevor sie zu den eigentlichen Concursgläubigern übergeht. Sie lautet nun vollständig so:

„Alles, was unter eines Debitoris Gut befunden wird, das demselben nicht vollkommen zugehörig ist, das wird von dem übrigen Eigenthumb abgesondert, wann es noch verhanden ist, und dem rechten Eigenthümer desselben wieder zugestellet, als

(1) niedergelegt (Depositum) oder sonst anvertrautes Gut;

(2) zu Pfande gesetztes Gut; Jedoch daß der Pfandschilling erleget werde;

(3) Gut, so jemand gestohlen seyn kann;

(4) Pathen-Geld oder Geschenk;

(5) des unverschuldeten Ehegatten unbeweglich Erb- und Antenuptial-Güter.

Ist aber solches nicht mehr alda zu finden, so bekombt der Eigenthümer das Seinige, nachdem er für sein Recht vigiliret hat.

(Classe I.) Nach diesen müssen

(1) zu erst die Begräbniß-Kosten bestanden werden. Und hernach

(2) Das Artz-Lohn und Bezahlung der Medicamenten, ferner kommen

(3) die, welche mit den Debitoren in ungetheilter Massa stehen, als wegen Compagnie, Handel oder Gemeinschaffts-Gut (bona socii),

(4) des unverschuldeten Ehegatten Eheliches Recht und Antheil aus der Massa (portio statutaria uxoris vel mariti),

(5) Eingebrachte Mitgabe, wenn die Eltern, welche selbige gegeben, annoch im Leben sind, oder

(6) einstehende Erbschafft,

---

14) Um die Uebersicht nicht zu erschweren, werden hier die Citate zu den einzelnen Sätzen der Note weggelassen.

und kann keines von diesen ob specificirten exequiret werden, wenn etwa die Execution über die Debitoren ergehen soll.

(Classe II.) Nach diesen kommen diejenige, welche privilegirte Pfandrechte in Händen haben, jedoch ein jedweder in seinem Pfande; als

(1) der zu den Einkünften aus Debitoris Zinßpflüchtigem Lande berechtiget ist;

(2) der seinen zu Arbeitung eines Bergwerkes gethanen Vorschuß, aus der von selbigem Vorschuß geflossenen Nutzung fordert.

(3) der die Schiffs-Heure, aus der in dem Schiffe noch übrig gebliebenen Ladung fordert.

(4) Der Geld vorgestrecket hat, ein Schiff damit zu bauen, oder zu repariren, oder Schiffs-Volk damit zu bezahlen und zu unterhalten, oder auch dergleichen auff das Schiff hafftende Schulden, damit zu entrichten; und seine Zahlung nun dafür aus dem Schiffe selbst fordert; Jedoch daß die letztere Vorstreckung in solchem Fall vor der erstern den Vorzug haben möge.

(5) Item der, so wegen vorgestreckten Bodmerey-Geldern auff das Schiff Praetension macht, jedoch müssen die jüngern Bodmerey-Brieffe vor den ältern, und Biel-Brieffe vor der Bodmerey Brieffen, den Vorzug haben.

Diese alle kan keiner von ihren privilegirten Pfändern, so lange ein solch Pfandt noch behalten ist, treiben. Nach diesem kommen

(6) Die Wayfen-Gelder, welche bei dem Verschuldeten, als Vormund, einstehen geblieben, und müssen diese vor andern des Debitoris Schulden executive entrichtet werden.

(Classe III.) Hernach kommen die, welche sonst ein Pfandrecht in des Debitoris Eigenthumb haben, entweder durch eine Verschreibung, die inprotocolliret worden, oder durch Besitz und Inhabung des Pfandes,

Digitized by Google

oder auch sonsten durch Verfügung der Rechte, (ex dispositione legis) zum Exempel,

1mo. in Schulden, welche aus den großen Commission-Urtheilen nach Annum 1680 herrühren. (Not. wegen anderen Praetensionen aber, die der König von seinen Schuldenern zu fordern hat, wird die Praeference von der Zeit angerechnet, da in des Debitoren Eigenthumb Versicherung geschehen, welches auch in Schulden, so ein Kirchen-Gevollmächtigter wegen vorgestreckte Kirchen-Mittel von jemand zu fordern hat, observiret wird).

2do. Schulden bei Königlichen oder adelichen Bedienten, wegen administrirter Herrschaffts-Mittel,

3tio. Schaden-Stand, wegen dessen, so aus ungetheiltem Walde und Busche gehauen (gefället) und abgeführet worden,

4to. Schulden die von Schiffs- und Hauß-Heure herrühren,

5to. Schuld wegen Kost-Haltung, (Kost-Gelder)

6to. Schulden worauf man Urtheile genommen,

7mo. Schuld welche inprotocolliret worden. Hiebey ist doch zu observiren, daß die Inprotocollirung, so jemand nach des Debitoris Absterben, und nachdem es öffentlich kund worden, daß die Schulden sich höher, als sein Eigenthum erstrecken, hat geschehen lassen, gantz kein Vorzugs-Recht mit zu wege bringet. Von welcher Beschaffenheit auch seynd die Inprotocollirungen, welche nach dem der Debitor wissentlich (notorie) fallit geworden, und sich unsichtbar gemachet, bewerckstelliget werden.

8vo. Selbige Bewandnüß hat es auch mit einem Gut, worauff jemand Sequestration erhält, und solches inprotocolliren lässet, oder worin man immittiret worden, oder auch sonsten einen Arrest darauff gewonnen.

(9) Thut auch jemand einen Vorschuß, zu Betreibung eines Bergwerckes, so hafftet auch das Bergwerck (Brük) selbst dafür.

Unter den Pfandhaltern wird auch allemal inacht ge-

Digitized by Google

nommen, daß wer das älteste Recht hat, selbiger auch das Seinige vor den andern auskomme.

(Classe IV.) Von dem was noch übrig in Massa verbleibet, bekommen

(1) so wohl die jenige, welche wegen Wechsels zu fordern haben, als auch

(2) die, welche von den Handwercks-Häusern sind, und etwas so davon herfliesset, zu fordern haben.

(Classe V.) Bleibt ferner was übrig, so theilet man solches zwischen den andern Creditoren, und gehet von dem einen so viel, als von dem andern proportionaliter ab, nemlich von der einen Mark so viel, als von der andern. Jedoch daß alles, was vom Wuchern (Usuris) hergeflossen, das wenigste Recht behalte: Es wäre denn verschrieben Interesse, welches gleicher Gestalt, wie das Capital, erleget werden muß."

§. 5.

Classification der Concursgläubiger nach der Praxis.

Es ist nicht der Zweck dieser Abhandlung, in eine Critik des Einzelnen in der eben zergliederten Nota e des LR. einzugehen[14]), daher hier sowohl die Prüfung der Richtigkeit und Begründung der einzelnen Angaben Abrahamson's, als auch die Frage über die Anwendbarkeit des Einzelnen für Livland bei Seite gesetzt wird. Könnte in diesen Beziehungen auch Manches einem Bedenken unterworfen werden, so dürfte doch so viel als ganz unzweifelhaft erscheinen, daß unsere Note fünf Gläubigerclassen unterscheidet, die den gemeinrechtlichen vollkommen entsprechen. Keinem Unbefangenen kann es entgehen, wie selbst die Ausdrücke, mit denen die

14) S. oben §. 1. a. E.

Digitized by Google

Darstellung der einzelnen in der obigen Gliederung angegebenen Classen:

„Nach diesen (Vindicanten ꝛc.) müssen zuerst die Begräbnißkosten ꝛc."

„Nach diesen kommen diejenige, welche privilegirte Pfandrechte — haben ꝛc."

„Hiernach kommen die, welche sonst ein Pfandrecht — haben ꝛc."

„Von dem was noch übrig — verbleibet,"

„Bleibe ferner was übrig" —

beginnt, ganz unzweideutig Hauptabschnitte der Classification bezeichnen. Um so auffallender ist es daher, daß unsere Practiker, diese Andeutungen nicht achtend oder verkennend, in ihren Classificationen auf heillose — hoffentlich aber nicht unheilbare — Irrthümer, Inconsequenzen und Widersprüche gerathen sind. Daß dieser Vorwurf auch die Classificationsurtheile des Livländischen Hofgerichts trifft, soll hiemit übrigens keineswegs ausgesprochen sein, und zwar aus dem Grunde, weil dem Verfasser keine vollständigen Erkenntnisse der Art vorliegen, er aus denselben vielmehr nur Einzelnes nach den Citaten in den Schriften der Practiker, besonders v. Samson's, kennt. Gegen die Darstellungen dieser practischen Juristen ist daher die nachfolgende Polemik ausschließlich gerichtet, und zwar soll mit der Nielsen'schen, als der ältesten unter den drei oben (§. 2 a. E.) erwähnten, der Anfang gemacht werden.

Digitized by Google

§. 6.

Classification der Gläubiger bei Nielsen.

C. H. Nielsen [15]) scheidet von den Concursgläubigern die Gläubiger der Masse [16]) und die Vindicanten [17]) ausdrücklich aus, und theilt die eigentlichen Concursgläubiger in folgende Classen:

1., privilegirte Forderungen. Es werden hier unter 15 Nummern nur die „vorzüglich" dahin gehörenden Forderungen aufgeführt [18]), und unter diesen kommen, außer den gemeinrechtlichen und in der Nota e LL. bezeichneten, vor:

a) Massegläubiger, nämlich unter Nr. 1 die Concurskosten [19]), und dann noch besonders unter Nr. 12 „die sämmtlichen Canzleigebühren, — — die dem ganzen Concurs zum Besten gereichen ꝛc."

b) Separatisten: unter Nr. 7 die „väterlichen Schulden des Debitors, diejenigen Schulden, die auf das Gut ingrossirt waren, ehe noch der Gemeinschuldner Eigenthümer davon geworden ist ꝛc." [20]).

---

15) Proceßform in Livland §. 574 fgg. Auch schon im §. 554 werden die verschiedenen Arten der Concursgläubiger, und zwar in einer Reihenfolge, die von der im §. 576 angegebenen etwas abweicht, aufgezählt, ohne daß sie jedoch hier in bestimmte Classen getheilt wären.

16) A. a. O. §. 553 u. 555. Dessen ungeachtet werden im §. 577 die auf den Concurs verwandten Kosten in die erste Classe der „privilegirten Forderungen" gesetzt.

17) Diese werden in den §§. 556 und 575 von einander abweichend zusammengestellt (an der letzteren Stelle bloß nach der Nota e pag. 140 LL.), und unter ihnen auch Separatisten, ohne sie zu unterscheiden, aufgeführt.

18) A. a. O. §. 577.

19) S. oben Anm. 16.

20) Vergl. Schweppe a. a. O. §. 69.

Digitized by Google

c) Privilegirte Pfandgläubiger: unter Nr. 8 „diejenigen Gelder, die sub hypotheca speciali zum Ankauf des Gutes dem Gemeinschuldner geliehen worden sind," und unter Nr. 11 „diejenigen Gelder, die den Creditores zum Besten zur Melioration oder Unterhaltung des Guts des Gemeinschuldners verwandt worden sind". Ja, es rechnet Nielsen zu den privilegirten Gläubigern selbst

d) unter Nr. 9 „diejenigen, die ein specielles Unterpfand (Kastenpfand) vom Schuldner in Händen haben," und

e) unter Nr. 15 „die restirenden Kron-Arendegelder" (Pachtschilling für Domainen), während er selbst nicht lange darauf richtiger das Gegentheil behauptet[21]).

Diese Widersprüche und Verstöße liegen zu klar am Tage, als daß sie noch einer mehr ausgeführten Widerlegung bedürften. Noch gröbere Versündigungen gegen alle Rechtsbegriffe läßt sich Nielsen[22])

2., bei der zweiten Classe zu Schulden kommen, wohin er diejenigen rechnet, „welche hypothecam publicam haben," und zu denen nach ihm nicht nur unter Nr. 1 „diejenigen, die ihre Forderungen gehörig ingrossiren lassen" gehören, — welches ja eben allein die öffentlichen Hypothecarien sind, — sondern auch unter Nr. 2 „alle diejenigen, welche hypothecam tacitam legalem haben," unter Nr. 3 „die

21) A. a. O. §. 607: „Die Krone hat in Concurssachen kein Vorzugsrecht vor anderen Creditoren, außer gegen ihre Officianten und Administratoren. Auch gebührt der Krone und dem Fiscal aus einer Anforderung ex contractu keine Präference vor den Creditoren, die ihre Forderungen ingrossiren lassen" ꝛc.

22) A. a. O. §. 578.

Digitized by Google

Forderungen der Reichsbank" (?), unter Nr. 4, „die Ehegattin in Rücksicht ihres Brautschatzes" [23]), und mehrere andere, mit einer stillschweigenden Hypothek versehene Gläubiger. Dann heißt es ferner [24]): unter die Creditores, die eine hypothecam publicam haben, werden auch diejenigen gerechnet und haben gleiches Recht, die ein pignus particulare von ihren Schuldnern haben." Nachdem hierauf einiges Allgemeine über das „pignus particulare" — worunter er die Specialhypothek versteht — bemerkt worden, werden einzelne Fälle aufgeführt, in denen dem Gläubiger eine (stillschweigende) Specialhypothek zusteht, darunter auch wieder solche, die schon in der ersten Classe unter den privilegirten Gläubigern genannt wurden. — Man möchte — zu Nielsen's Rechtfertigung — geneigt sein, anzunehmen, daß er mit der Benennung „hypotheca publica" eine „privilegirte" Hypothek habe bezeichnen wollen. Allein dem ist nicht so! Denn man liest im §. 580, als Uebergang zur dritten Classe, die Worte: „Wenn nun die Creditores privilegiati und publici (scil. hypothecarii) oder (sic!) legales, und diejenigen welche ein specielles Pfand besitzen, befriedigt sind ꝛc." — und schon früher heißt es bei ihm wörtlich also: „§. 436. Hypothecarische Gläubiger sind diejenigen, denen wegen ihrer Forderung eine Hypothek verschrieben worden ist. Sie sind entweder Hypothecarii publici (legales) oder Hypothecarii iudiciales. §. 437. Die Hypothecarii publici oder legales sind solche Gläu-

23) Diese paradirt übrigens auch im §. 577 in der ersten Classe unter № 13.

24) A. a. O. §. 579.

biger a. die entweder nach den Gesetzen eine specielle Präferenz genießen, oder einen stillschweigenden Vorzug vor den übrigen Gläubigern haben, b. oder die zu rechter Zeit und bei gehörigem Gerichte ihre Forderungen haben ingrossiren und inprotocolliren lassen. §. 438. Die Hypothecarii legales oder publici haben im Concurs bei der Classification den Vorzug vor allen (sic) anderen Gläubigern ꝛc." Man überzeugt sich hieraus nur zu deutlich, daß Nielsen — ein angesehener practischer Rechtsgelehrter Livlands — drei von einander wesentlich verschiedene, einander zum Theil ausschließende Rechtsbegriffe — öffentliches, privilegirtes und stillschweigendes oder gesetzliches Pfandrecht[25]) mit einander verwechselt, sie für gleichbedeutend genommen hat![26]).

---

25) Man dürfte eigentlich, nach §. 579 (s. d. vor. Anm.), auch noch 4) das specielle oder von ihm sogenannte particulare Pfandrecht hinzufügen.

26) Es könnte an diesem einfachen Nachweis genügen, wenn nicht der Umstand, daß Nielsen in seinen Irrthümern Nachfolger gefunden hat (s. unten §. 7 und 8), den Beweis lieferte, daß diese Begriffsverwechselungen von einzelnen — wir wollen hoffen wenigen — unserer Practiker adoptirt worden sind. Um dieser willen dürfte es nicht undienlich sein, die verschiedenen Arten des Pfandrechts in aller Kürze zu erläutern. Jedes Pfandrecht wird entweder durch Privatwillkür begründet, und heißt dann ein freiwilliges Pfandrecht (pignus voluntarium), — oder nicht: unfreiwilliges oder nothwendiges Pfandrecht (pignus necessarium). Das freiwillige oder ausdrücklich bestellte Pfandrecht hat seinen Grund entweder in einem Vertrage (vertragsmäßiges Pfandrecht, pignus conventionale), oder in einem Testamente (testamentarisches Pfandrecht). Das unfreiwillige oder nothwendige — ohne des Schuldners Willen entspringende — Pfandrecht entsteht entweder durch Anordnung des Richters (richterliches Pfandrecht, pignus iudiciale, bei Immobilien

3. Zur dritten Classe rechnet Nielsen die hypothecarii iudiciales, und stellt ihnen die antichretischen Pfand-

---

Immission genannt) — oder des Gesetzes (gesetzliches oder stillschweigendes Pfandrecht, pignus legale s. tacitum). — Auf ganz andern Gründen, als die eben erwähnten, beruhen die folgenden Eintheilungen des Pfandrechts: 1) in öffentliches und Privatpfandrecht (pignus publicum et privatum), indem unter jenem das in die Gerichtsbücher (Hypotheken- oder Pfandbücher) eingetragene (ingrossirte, inprotocollirte) Pfandrecht, unter diesem jedes andere verstanden wird; 2) in specielles (nicht particuläres) und generelles oder Universal-Pfandrecht (pignus speciale et generale s. universale), je nachdem es eine einzelne Sache oder das Gesammtvermögen des Schuldners umfaßt; 3) in privilegirtes und einfaches Pfandrecht (pignus privilegiatum et simplex), je nachdem es im Gläubigerconcurse ein besonderes gesetzliches Vorzugsrecht genießt oder nicht; 4) in Faustpfand (Kastenpfand) und Hypothek, je nachdem der Gläubiger den Besitz der verpfändeten Sache hat, oder nicht. — Es ergiebt sich hieraus, daß jedes Pfandrecht, ohne Rücksicht auf seinen Entstehungsgrund, durch Eintragung in die Gerichtsbücher, Ingrossation (der Regel nach jedoch nur mit Einwilligung des Schuldners) zum öffentlichen Pfandrecht erhoben werden kann (v. Bunge's Privatrecht §. 155, 157); wie es denn keinem Zweifel unterliegt, daß auch ein gesetzliches oder stillschweigendes Pfandrecht ingrossirt werden darf. Durch die Ingrossation erwirbt zwar in der Regel eine Hypothek ein Vorzugsrecht vor den nicht ingrossirten oder Privathypoken, jedoch nur insofern, als letztere nicht privilegirte sind, d. h. schon vermöge besonderer Begünstigung des Gesetzes (ohne Zuthun des Gläubigers) ein Vorzugsrecht vor anderen Hypotheken — selbst vor den öffentlichen oder ingrossirten — genießen, und daher sowohl nach gemeinem Recht (s. oben §. 3 № II.), als nach der Not. e. des LL. (s. §. 4 Cl. II.) in die zweite Classe der Concursgläubiger gesetzt werden, während die nicht privilegirten oder einfachen Pfandrechte, mit Einschluß der öffentlichen, in die dritte Classe gehören. Unter den privilegirten Pfandrechten bestehen einige schon gesetzlich oder stillschweigend, andere müssen ausdrücklich bestellt worden sein. Keineswegs aber ist jedes gesetzliche oder stillschweigende Pfandrecht an sich ein privilegirtes, vielmehr

Digitized by Google

gläubiger gleich[27]). Ersteres stützt sich auf eine beständige Praxis, welche den Immissarien die nächste Stelle nach den öffentlichen Hypothecarien einräumt, was sich, gleichwie die Gleichstellung der antichretischen Pfandgläubiger, nur zum Theil aus der Nota e. des LL. (Cl. III. im Anfange) rechtfertigen läßt. Im Uebrigen ist hier nur zu bemerken, daß die Bildung einer besondern Classe aus diesen Gläubigern durchaus überflüssig erscheint.

4. In die vierte Classe stellt Nielsen[28]) die hypothecarii privati, in die folgende

5. die Wechselgläubiger, wohin aber auch die übrigen mit einem privilegium exigendi versehenen Gläubiger hätten gestellt werden sollen.

6. Zur sechsten Classe werden die einfachen chirographarischen Gläubiger gerechnet, und von ihnen

---

kennt sowohl das gemeine Recht (§. 3 № III.), als auch die Nota e. des LL. (§. 4. Cl. III. № 1 — 5) mehrere stillschweigende Pfandrechte, welche nicht privilegirt sind und daher in die dritte Gläubigerclasse gehören. — Eine Specialhypothek endlich geht zwar nach Livländischem Landrecht einer (selbst älteren) Generalhypothek vor (v. Bunge a. a. O. §. 157); jedoch nur wenn letztere nicht eines anderen Vorzugsrechts genießt. So geht z. B. eine öffentliche Generalhypothek einer privaten Specialhypothek vor, desgleichen eine privilegirte Generalhypothek (z. B. die der Pupillen im Vermögen des Vormundes) einer einfachen Specialhypothek. Eben deshalb setzt die Nota e. des LL. in der zweiten Classe die Hypothek der Pupillen, als eine generelle, den übrigen privilegirten Hypotheken, weil diese specielle sind, nach. Doch die nähere Ausführung aller dieser Vorzugsrechte gehört nicht zum Zweck dieser Abhandlung.

27) A. a. O. §. 576 u. 580.

28) Ebendas. §. 576 u. 581.

Digitized by Google

7. an einer Stelle noch die creditores ex rationibus getrennt aufgeführt[29]), an einer anderen[30]) richtiger als mit jenen gleich stehend angenommen, indem sie nur eine species derselben bilden.

§. 7.

Classification der Gläubiger bei v. Buddenbrock.

In einer Art von Excurs zu der Königl. Schwedischen Resolution und Erklärung vom 23. Mai 1687 entwirft J. G. v. Buddenbrock[31]), angeblich auf Grundlage der Note e. pag. 140 LL., des Römischen Rechts und des Rigischen Stadtrechts, eine „Concursordnung," in welcher zwar keine so arge Verwechselungen, wie bei Nielsen, jedoch auch mehrere starke Verstöße vorkommen. Nach der von ihm auch sonst beliebten Divisions-Methode in Abtheilungen, Unterabtheilungen, Unterunterabtheilungen, theilt er die Concursgläubiger in 3 Hauptclassen, deren beide ersteren in Unterabtheilungen ꝛc. zerfallen, nämlich:

1) Privilegiati creditores
   a) ex iure separationis,
   b) ex hypotheca tacita et privilegiata
      aa) generali
      bb) speciali.
2) Hypothecarii
   a) publici

29) Das. §. 576.

30) Das. §. 581 a. E.

31) Sammlung der Gesetze, welche das Livländische Landrecht enthalten. Bd. II, S. 1041 — 1045.

aa) speciales et legales
bb) generales,
b) iudiciales,
c) privati
aa) speciales
bb) generales.
3) Chirographarii.

Abgesehen davon, daß eine solche Zersplitterung der Gläubiger — eigentlich in neun Classen — mindestens als unnöthig bezeichnet werden muß, so leidet auch die Classification im Einzelnen an mehrfachen Mängeln und Unrichtigkeiten, indem

1., zu den privilegirten Gläubigern die Separatisten — und mit ihnen die Vindicanten — gezählt werden, während doch beide gar nicht zu den Concursgläubigern gehören.

2., den absolut privilegirten Gläubigern wird eine stillschweigende Generalhypothek zugeschrieben (1, b, aa), die ihnen gesetzlich in keiner Weise zusteht; es beruht dies offenbar auf einer Verwechselung der Begriffe des absoluten Privilegiums und der privilegirten Hypothek. In diese Abtheilung werden auch unter Nr. 1 die „Gerichts- und Verwaltungskosten zur Regulirung der Nachlaß- oder Schuldmasse" gesetzt, welche gar nicht in den Concurs, sondern unter die Massegläubiger gehören.

3., Unter den creditores privilegiati ex hypotheca tacita et privilegiata speciali (1, b, bb) werden außer den Gläubigern, die in der That eine privilegirte Specialhypothek haben, auch solche aufgeführt, die gar keine gesetzliche Hypothek, sondern ein absolutes Privilegium ha-

Digitized by Google

ben (namentlich die in der Nota e LL. Classe I. Nr. 3—6 aufgeführten), und bei denen zum Theil überhaupt gar keine Specialhypothek denkbar ist[32]). Auf der anderen Seite fehlen unter den privilegirten Pfandgläubigern einige, z. B. die Pupillen, wegen der beim Vormund einstehenden Waisengelder, indem

4., diese in die folgende Rubrik (2, a, aa) unter die hypothecarii publici speciales et legales[33]) gestellt sind, wiewohl ihnen jedenfalls keine specielle sondern eine Generalhypothek im gesammten Vermögen des Vormundes zusteht, und der Natur der Sache nach nur eine solche zustehen kann; dasselbe und noch mehr gilt von den hier angeführten „Kirchenmitteln," indem diesen nach der ausdrücklichen Bestimmung der Nota e (Cl. III. Nr. 1) gar kein stillschweigendes Pfandrecht gebühren soll[34]).

5., Unter den chirographarischen Gläubigern werden

---

32) Was v. Buddenbrock mit den in dieser Rubrik unter № 9 aufgeführten „Frachtgeldern für (sic) die vom Frachtführer noch nicht ausgelieferten Güter" gemeint hat, ist schwer zu errathen. Vermuthlich wollte er damit die in der Note e. LL. Cl. II. № 3 angeführte Forderung wegen der Schiffsheure beziehen.

33) Hierunter ist keine Verwechselung des öffentlichen und gesetzlichen Pfandrechts zu verstehen, sondern nur so viel, daß die hypothecarii publici speciales mit den hypothecarii legales gleiche Rechte haben, was übrigens, nach den Ausführungen in der Anm. 26 auch unrichtig ist.

34) In diese Rubrik nimmt v. Buddenbrock auch die „Ausspruchsgelder für Kinder erster Ehe, und der Wittwe Morgengabe" auf, und beruft sich deshalb auf l. 6. C. de bonis quae liberis und l. 8. §. 3 u. 4. C. de sec. nupt., wiewohl dies vielmehr offenbar aus dem Rigischen Stadtrecht B. III. Tit. 10. entnommen ist.

Digitized by Google

die mit einem privilegium exigendi versehenen gar nicht von den andern unterschieden, vielmehr von den Wechselgläubigern ausdrücklich gesagt, daß sie mit den übrigen chirographarischen Gläubigern pro rata zur Perception kommen, was gegen die ausdrückliche Bestimmung der Not. e LL. und der Königl. Schwedischen Wechselordnung v. 10. März 1671 §. 26 läuft.

§. 8.

Classification der Gläubiger bei Samson v. Himmelstiern.

Während sowohl Nielsen als v. Buddenbrock die Quellen, nach denen sie ihre Concursgläubigerordnungen zusammenstellen, meist nur im Allgemeinen angeben, hat Samson v. Himmelstiern[35]) alle einzelnen Sätze der seinigen mit speciellen Citaten aus dem Römischen Rechte, der Nota e pag. 140 fgg. LL. (nebst den in dieser angeführten Quellen), und aus Präjudicaten belegt. Zu diesen letztern gehören, außer einigen wenigen Entscheidungen des dirigirenden Senats, vorzugsweise 26 von ihm benutzte Classificationsurtheile des Livländischen Hofgerichts, wovon 3 (von den Jahren 1692, 1696 und 1698) dem siebenzehnten, 22 dem achtzehnten Jahrhundert angehören, und nur eines (vom Jahre 1822) dem neunzehnten. Unter den 22 aus dem vorigen Jahrhundert fallen 3 in die Periode vor der Nota e des LL., die meisten derselben — 11 an der Zahl — stammen aus dem dritten und vierten Jahrzehend des achtzehnten

35) Institutionen des Livländischen Processes. Th. II. (Riga 1824. 8.) §. 1354 fgg.

Seculums. In die vollkommene Zuverlässigkeit der Citate aus diesen Präjudicaten dürfte man wohl einige Zweifel setzen, wenn man vergleicht, wie die aus den zugänglichen Quellen — dem Römischen Recht und der Nota e — entlehnten Allegate keineswegs immer zutreffen. Man findet nämlich auch bei v. Samson nicht die gemeinrechtliche, noch die damit übereinstimmende Classification der Nota e[36]), sondern eine davon vielfach abweichende, vielmehr mit den in den beiden vorhergehenden Paragraphen erörterten im Wesentlichen harmonirende Location.

Nachdem zuvor die Vindicanten, als nicht in den Concurs gehorig, ausgeschieden worden[37]), werden von v. Samson die Concursgläubiger in sechs Classen eingetheilt, nämlich:

1) Privilegiati,
2) Hypothecarii publici,
3) Hypothecarii iudiciales,
4) Hypothecarii privati,
5) Creditores ex cambiis,
6) Creditores chirographarii et ex rationibus[38]).

---

36) S. oben §. 3 u. 4.

37) A. a. O. §. 1350 fgg. Uebrigens werden hier, außer den in der Nota e LL angegebenen Vindicanten und Separatisten, auch „Maiscopie- oder Gesellschaftsgelder, welche dem Schuldner zum gemeinschaftlichen Handel anvertraut worden und noch vorhanden sind" aufgeführt. Zwar beruft v. Samson sich deshalb ausdrücklich auf die Nota e LL., und bloß auf diese; allein die Nota e locirt den Socius vielmehr ganz bestimmt unter die absolut privilegirten Concurs-Gläubiger, in die erste Classe. S. oben §. 4.

38) A. a. O. §. 1354.

Digitized by Google

Wie schon diese Classenabtheilung im Allgemeinen der Nielsen'schen vollkommen entspricht, so findet sich auch im Einzelnen sehr viel Uebereinstimmendes, so daß die meisten der in §. 6 vorgebrachten Rügen auch die v. Samson'schen Darstellung treffen, und hier daher kürzer angedeutet werden können. Namentlich werden

1., in der ersten Classe, als privilegirte Gläubiger, unter 13 Nummern, größtentheils wörtlich und nur mit wenigen Abweichungen, dieselben Creditoren aufgeführt, die Nielsen zu dieser Classe unter Nr. 1 — 14 rechnet[39]), so daß nur die von Letzterem auch hieher gezogenen rückständigen Kronsarendegelder bei v. Samson ausgeschlossen werden. Wir finden also auch hier bunt durch einander absolut privilegirte Gläubiger, Massengläubiger, privilegirte Pfandgläubiger, Faustpfandgläubiger ꝛc.

2., Nicht viel anders verhält es sich mit den Gläubigern der zweiten Classe, den öffentlichen Hypothecarien. Zu diesen werden[40]) gerechnet unter Nr. 1 „diejenigen, welche ihre Forderungen — — auf ihre Hypothek haben gerichtlich versichern (ingrossiren) lassen. Diesen werden gleich geachtet diejenigen, welchen das Gesetz eine schweigende Hypothek im Vermögen des Schuldners beilegt, und welche deswegen keine besondere Versicherung oder gerichtliche Ingrossation bedürfen." Zur Begründung des letzteren Satzes, — welcher freilich die öffentlichen und stillschweigenden Hypotheken nicht, wie bei Nielsen, als gleichbedeutend, sondern nur als

39) Das. §. 1355.

40) Das. §. 1356.

gleichgeachtet, hier wohl so viel als gleichberechtigt, erscheinen läßt — wird[41]) gesagt: „Die in Sachen Mengden's und Helmersen's vom Hofgericht im Urtheil 1730. 18. Jul. aufgestellte Ansicht — daß eine schweigende Hypothek (hypotheca tacita legalis) einer Privathypothek gleich zu stellen sei — hat das Reichsjustizcollegium in seinem Revisionsurtheile 1731. 15. Jul. reformirt, indem es festsetzt, daß die schweigenden Hypotheken gleiche Wirkung mit den öffentlichen haben, und mit diesen nach ihrem Alter locirt werden sollen." — Sollte das ehemalige Reichsjustizcollegium dies in der That ausgesprochen haben[42]), so durfte dieser Ausspruch um so weniger der späteren Praxis zum Grunde gelegt werden, als er nicht nur nicht in den Gesetzen begründet ist, sondern auch gegen die gesetzlichen Bestimmungen läuft, offenbar auf einem Mißverständniß beruht, und gegen alle Rechtsbegriffe verstößt[43]). Eine stillschweigende Hy-

41) Ebendas. Anm. b. S. 132 fg.

42) Nielsen erwähnt (a. a. O. S. 308 Anm.) gleichfalls dieser Resolution des Reichsjustizcollegiums, referirt jedoch deren Inhalt abweichend dahin: „daß die uningrossirte Forderung eines Pupillen an seinen Vormund durchaus die Wirkung einer publiken Hypothek und mit derselben gleiches Recht haben soll, bloß daß die Präference zwischen solchen Forderungen nach dem Alterthum bestimmt wird." Eine solche Gleichstellung — nicht aller stillschweigenden Hypotheken, sondern nur — der stillschweigenden Hypothek der Pupillen mit den öffentlichen, da jene nach der Nota e eine privilegirte ist, ließe sich noch eher hören, ist aber auch unrichtig, weil die Nota e die öffentlichen oder ingrossirten Hypotheken erst in die dritte Classe der Gläubiger, nach den privilegirten Hypothecarien, locirt.

43) Wenn der Regel nach die Gültigkeit der Praxis und des Gewohnheitsrechts überhaupt dadurch bedingt ist, daß beide

pothek ist, wie bereits früher ausgeführt worden, eine solche, die, ohne ausdrücklich bestellt zu sein, schon durch das Gesetz begründet wird; nicht aber, wie v. Samson meint, keiner Ingrossation bedarf, um den ingrossirten (öffentlichen) Hypotheken gleich zu stehen. Einige stillschweigende Hyphotheken dagegen sind privilegirt, und gehen, als privilegirte, den öffentlichen Hypotheken vor; die übrigen, nicht privilegirten, schweigenden Hypotheken stehen an sich den öffentlichen nach, können aber ohne Zweifel ihnen durch Ingrossation gleichgestellt werden[44]).

3., Nachdem, wie eben angegeben, in der zweiten Classe unter Nr. 1 die schweigenden Hypotheken im Allgemeinen aufgeführt worden, werden in derselben Classe unter Nr. 2 die Anleihen aus der Reichsbank und den öffentlichen Fonds, darauf unter Nr. 3 — 5 einzene stillschweigende General-Hypotheken genannt[45]), und dann wieder unter Nr. 6: „die gesetzlichen Pfandrechtgläubiger, in so fern ihr Unterpfand, an welches insbesondere, und nicht an das übrige Vermögen des Gemeinschuldners, sie nach dem Alter ihrer Forderungen sich zu halten haben, noch vorhanden ist. Zu diesen werden alle gerechnet, welchen

---

nicht dem geschriebenen Rechte geradezu widersprechen (v. Bunge's Privatrecht §. 13), so darf um so weniger eine Praxis Berücksichtigung finden, welche offenbar auf Mißverständnissen und Begriffsverwechselungen beruht, am wenigsten aber verdient ein einzelnes Präjudicat der Art Beachtung. Vergl. andere Beispiele bei Bunge a. a. O. §. 71 a. E. und §. 400 Anm. k.

44) S. überhaupt oben Anm. 26.

45) Unter diesen befinden sich übrigens auch einige, bei denen sich ein gesetzliches Pfandrecht durchaus nicht nachweisen läßt.

Digitized by Google

das Gesetz ein besonderes Pfandrecht (pignus particulare) an einem gemeinschaftlichen Vermögensstücke, es mag verschrieben sein oder nicht, zulegt." Es möchte beinahe scheinen, als wenn stillschweigende Hypothecarien und gesetzliche Pfandrechtsgläubiger für zwei von einander verschiedene Arten von Gläubigern angesehen werden, da sonst nicht einzusehen ist, warum sie an zwei verschiedenen Stellen, — unter Nr. 1 die schweigenden, unter Nr. 6 die gesetzlichen — aufgeführt sind. Oder sollen unter Nr. 1 bloß die mit einem generellen, unter Nr. 6 nur die mit einem speciellen (nicht wie es bei v. Samson heißt, particulären) gesetzlichen Pfandrecht versehenen Gläubiger verstanden werden? Dann aber frägt sich's wieder: warum sind einzelne von den generellen gesetzlichen Hypothecarien besonders genannt? Warum sind die speciellen (unter Nr. 6) den generellen (unter Nr. 1, 3, 4, 5) nachgesetzt, da doch v. Samson in der Anm. 1. zu demselben §., in directem Widerspruch hiermit, angiebt, daß die specielle Hypothek der Generahypothek vorgeht? Betrachten wir aber vollends die einzelnen Gläubiger, denen v. Samson ein specielles (particuläres) gesetzliches Pfandrecht zulegt, so finden wir darunter gar diejenigen aufgeführt: „b) die zur Erbauung eines Hauses, unter dessen specieller Verpfändung (sic!), Geld vorgestreckt." Was heißt dies anders, als: um ein gesetzliches oder stillschweigendes specielles Pfandrecht an einem solchen Hause zu erhalten, muß man sich das Haus ausdrücklich und speciell haben verpfänden lassen? [46])

46) Vergl. hierüber v. Bunge a. a. O. §. 165. Anm 2.

Digitized by Google

4., Ueber die Bildung einer besonderen Gläubigerclasse aus den Judicialhypothecarien oder Immissarien[47]) ist dasselbe, was schon bei Nielsen bemerkt wurde[48]), zu wiederholen.

5., In die vierte Classe, der Privathypothecarien, findet man auch locirt: „Die Krone mit Arenderückständen aus ihren in Pacht des Gemeinschuldners gestandenen Gütern, und analogisch Arenderückstände der Pächter privater Güter[49])." Zwar wird in der Note dazu bemerkt, die Praxis schwanke hier, und werden mehrere einander durchaus widersprechende Präjudicate angeführt. Allein um so mehr hätte — ohne Rücksicht auf die schwankende Praxis — die Frage über die Locirung der Forderungen des Fiscus aus Contracten auf Grundlage der Gesetze entschieden[50]), am wenigsten aber ein angeblich dem Fiscus zustehendes Vorzugsrecht auf Private analogisch ausgedehnt werden sollen.

§. 9.

Schluß.

Durch die bisherige Darstellung ist versucht worden, dasjenige in der That nachzuweisen, was im Eingange dieser Abhandlung über den gegenwärtigen Zustand der Lehre von der Ordnung der Concursgläubiger in der Livländischen Praxis behauptet wurde. Daß dabei mehr niedergerissen, als aufgebaut worden ist, liegt in der

47) v. Samson a. a. O. §. 1357.

48) S. oben S. 54 fg.

49) A. a. O. §. 1358.

50) Vergl. die Nota e pag. 142 LL. (Cl. III. № 1) u. oben S. 51.

Digitized by Google

Natur der Sache. Jedenfalls dürfte aus dem bereits Gegebenen einestheils das Reſultat gewonnen ſein, daß zu den unzähligen Mißverſtändniſſen der Praxis in dieſer Lehre die Rechtsquellen keine Veranlaſſung gegeben haben, und zwar die einheimiſchen ſo wenig wie die gemeinrechtlichen. Anderntheils glaubt aber der Verfaſſer zugleich durch die im §. 4 gegebene Zergliederung der Nota e des LR., und durch deren Vergleichung mit der gemeinrechtlichen Gläubigerordnung (§. 3) für eine richtige Theorie einen feſten Grund gelegt zu haben, auf dem ſich das Gebäude einer Concursordnung in allen ſeinen Einzelheiten ſicher wird aufführen laſſen. Es kommt nun darauf an, zunächſt die Richtigkeit und Anwendbarkeit der Einzelheiten der Nota e zu prüfen, ſodann aber das gegenſeitige Verhältniß der einzelnen Gläubiger feſtzuſtellen, welche in jeder der einander entſprechenden Claſſen beider Concursordnungen (der gemeinrechtlichen und der der Nota e) ſpeciell aufgeführt werden. Dazu bedarf es indeß einer ausführlicheren Erörterung aller Details, und eine ſolche muß ſich der Verfaſſer für ſpätere beſondere Abhandlungen vorbehalten.

Digitized by Google

III.

Etwas über das Römiſche und Deutſche Recht, als das ſogenannte Hülfsrecht in den Oſtſeeprovinzen, und deren gegenſeitiges Verhältniß.

Von dem Herrn Oberhofgerichtsadvocaten C. Neumann in Mitau.

Man geht in der Regel von der Idee aus, daß als einheimiſches Recht bei uns eigentlich nur dasjenige qualificirt werden könne, welches aus den ſpeciell für eine oder die andere unſerer Oſtſeeprovinzen emanirten Rechtsquellen hervorgeht; man ſagt ferner, daß bei der Mangelhaftigkeit dieſer einheimiſchen Rechte es nothwendig ſei, zu einem ſubſidiären ſeine Zuflucht zu nehmen, und kommt dadurch natürlich auf die Frage: welches iſt unſer ſubſidiäres Recht, und wenn es deren mehrere giebt, in welchem Verhältniſſe ſtehen ſie zu einander? So nahe es liegt, daß, da es keine ganz durchgreifende Regel giebt, um zu beſtimmen, wie das Römiſche und Canoniſche Recht gegen einander ſtehen, daſſelbe auch der Fall ſei rückſichtlich des Verhältniſſes dieſer beiden zum Deutſchen Rechte, vielmehr in jeder einzelnen Lehre gezeigt werden müſſe, welches von den ſogenannten Hülfsrechten vor-

Digitized by Google

herrsche, — so haben doch einerseits die älteren Schriftsteller, auf deren Autorität man sich zu berufen gewohnt ist, manche Inconsequenz darin begangen, daß sie rein Deutsche Institute nach Römischen Grundsätzen beurtheilen (wie solches fast durchgängig z. E. in dem berühmten Werke Knipschildt's de fideicommissis geschieht), und andererseits gehen wiederum die strengen Eiferer für das Deutsche Recht zu weit, wenn sie das Römische unbedingt dem Deutschen nachsetzen. Eine Verständigung wird sich leicht ergeben, wenn man die folgenden Gesichtspunkte schärfer ins Auge faßt:

A. Man darf nicht das Römische und Deutsche Recht ganz und gar von einander trennen, sondern muß es unter derjenigen Verschmelzung auffassen, welche unter dem Namen des gemeinen Rechts bekannt ist.

B. Das gemeine Recht ist nicht Hülfsrecht in den Ostseeprovinzen, sondern einheimisches, und kann allenfalls als ein recipirtes betrachtet werden, wenn es durchaus ein fremdes sein soll.

C. Das Verhältniß der einzelnen Bestandtheile, aus welchen das gemeine Recht, so zu sagen, zusammengewachsen, ist bei uns dasselbe wie in Deutschland.

A. Es kann hier als bekannt vorausgesetzt werden, daß und wie das Römische Recht hauptsächlich durch Gewohnheit und Praxis der Gerichte in Deutschland Eingang gewonnen hat, und eine ausdrückliche Reception nur in so fern erfolgte, als man sie in den Worten der Reichs-Kammer-Gerichtsordnung von 1495, §. 3:

Digitized by Google

„nach des Reichs gemeinen Rechten" finden mag. Da nun zu der Zeit als das R. R. nach und nach in Deutschland Geltung erhielt, das ursprünglich Germanische fast nur in einer Menge einzelner Land- und Stadt-Rechte existirte, und eine geordnete Rechtspflege erst nach dem Verschwinden des Faustrechts eintrat, inzwischen aber die Verschmelzung der Römischen und Deutschen Rechte, ja das beinahe gänzliche Ueberwiegen der ersteren nicht nur practisch sich von selbst gemacht hatte, sondern auch von den Deutschen Kaisern um so lieber gesehen wurde, als sie sich für Nachfolger der Römischen erachteten [1]); so kann es ziemlich gleichgültig sein, ob in der angeführten Stelle der Reichs-Kammer-Gerichtsordnung eine ausdrückliche Reception der Römischen Rechts enthalten ist oder nicht [2]), immer ist die Thatsache nicht zu bestreiten, daß in Deutschland schon eine geraume Zeit vor 1561 nicht das ursprünglich Germanische, sondern das mit dem Namen des gemeinen bezeichnete Gemisch des Deutschen, Römischen, Canonischen und Gewohnheits-Rechts gegolten hat, woraus sich denn die Folge ergiebt, daß die Frage, ob nun dieser oder jener der eben erwähnten Bestandtheile in den einzelnen Rechtsmaterien, wie in einem gegebenen Falle, prävalire, nicht im Ganzen zu entscheiden, sondern

1) Wie früher das Römische Recht von den Deutschen Kaisern begünstigt wurde, ergiebt sich aus dem Befehle der beiden Friedriche von Hohenstaufen, ihre neuen Verordnungen, die sogenannten Authenticae Fridericianae, in den Codex Iustinianeus einzuschalten.

2) S. Eichhorn's Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, § 412.

Digitized by Google

hauptsächlich nach der Praxis, wie sie aus den Schriftstellern über das gemeine Recht sich ergiebt, zu beurtheilen ist, obgleich hier allerdings der Wahlspruch „nullius iurare in verba magistri“ nicht unbeachtet gelassen werden und man bei rein Deutschen Instituten entweder gar nicht oder nur mit großer Vorsicht Römische Grundsätze in Anwendung bringen darf.

B. Deutsche waren es, die die jetzt Russischen Ostseeprovinzen civilisirten und daselbst geistliche Territorien (Bisthümer und Ordensstaat) gründeten; sie brachten ihre Nationalität und ihre Rechts-Gewohnheiten mit, und haben dieselben auf ihre Nachkommen vererbt, das Deutsche Element hat sich in allen Zeiten rein und ungeschwächt erhalten, nichts von den besiegten Ureinwohnern, sehr wenig und nur in einzelnen von der gesetzgebenden Gewalt speciell bestimmten Fällen von den späteren Oberherren der aufgelösten Deutschen Territorien im Rechte angenommen. Noch jetzt gilt als nicht zu bezweifelnde, von den Russischen Monarchen vielfach sanctionirte Regel, daß Gesetze, welche sich auf die allgemeine Reichsverwaltung beziehen, die abgesonderte Verfassung der Ostseeprovinzen nicht alteriren, und daß namentlich im Privatrechte Russische Verordnungen hier um so weniger Anwendung leiden, als diese den besonderen Rechten der Ostseeprovinzen nur alsdann derogiren, wenn die Anwendung eines Reichsgesetzes auch für die Ostseeprovinzen von Kaiserlicher Majestät besonders befohlen worden. Das Russische Recht hat also entweder den ersten Rang in den Ostseeprovinzen, — unter der oben angeführten Bedingung und also nur in einzelnen Fällen, — oder es

Digitized by Google

steht allen andern Bestandtheilen des hier geltenden Rechts nach, denn, es mag nun das gemeine Recht als einheimisches, recipirtes oder Hülfsrecht betrachtet werden, immer ist es dasjenige, welches unmittelbar nach den eigentlichen Provincialgesetzen zur Anwendung kommt, zumal diese, unerachtet sie in der Regel für sämmtliche Bewöhner der Provinz, wes Standes sie auch seien, Geltung haben (wenn nicht besondere städtische und bäurische Rechte existiren), in allen Materien, die sich auf Adels-Institute beziehen, dem gemeinen Rechte für die übrigen Stände Platz machen.

Nach dieser kurzen Abschweifung wieder zurück zum Beweise des Themas, daß das gemeine Recht geradezu als ein einheimisches zu qualificiren ist, und daher das Provincialrecht im engeren Sinne nur nach der Regel „in toto iure generi per speciem derogatur, et illum potissimum habetur quod ad speciem directum est“[3]), oder auch als jüngeres Recht vorgeht, welches letztere namentlich in Curland der Fall ist, woselbst keine dieser Provinz allein angehörigen Rechtsquellen vor 1561 existiren.

Zur bischöflichen und Ordenszeit galt in den jetzigen Ostseeprovinzen, die ja sogar einen Theil des Deutschen Reichs ausmachten, dasselbe Recht wie dort. Das Livländische Ritter- und das Rigische Stadt-Recht sind Bearbeitungen, gleich den vielen particulären Deutschen Land- und Stadt-Rechten, und zeigen ihren Deutschen Ursprung fast in jedem Paragraphen. Bei der Unterwerfung des größten Theils der bischöflichen und Ordensstaaten unter Polen confirmirten die pacta subiectio-

3) L. 80 D. de R. I. (50, 17.)

nis vom 28. Novbr. 1561 „iurisdictionem totalem iuxta leges consuetudines morestque antiquos“ und das Privilegium Sigismundi Augusti von demselben Datum garantirt im 4. Artikel „iura Germanorum propria atque consueta.“ Was darunter zu verstehen, ergiebt sich nach den oben ad A. erörterten Begriffen von selbst, und der eben angeführte Lateinische Ausdruck drückt genau den Sinn des gemeinen Rechts, als eines aus ursprünglich Deutschen und durch Gewohnheit aufgenommenen anderen Rechten (namentlich dem Römischen und Canonischen) entstandenen Conglomerats, aus. War aber vor dem Jahre 1561 dasselbe Recht, wie damals in Deutschland, das bei uns geltende, heißt es ferner in der Vollmacht zur Unterwerfung unter Polen, d. d. 12. Septbr. 1561, wörtlich folgendermaßen: „Zum andern, daß wir „allesammt und sonderlichen bei Ehren, Würden, Herr„lichkeiten, Freiheiten, Privilegien, Siegeln und Briefen, „Deutschen Rechten, Gewohnheiten und Gerechtigkei„ten, landläufigen Gebräuchen und Gewohnheiten, bei „Deutscher Herrschaft und Verwaltung derselben gelassen, „bestätigt und confirmiret werden mögen,“ — und erkannte endlich das Privilegium Sigismundi Augusti, wie oben angegeben, ausdrücklich die iura Germanorum propria atque consueta an: so kann es einerseits keinem Zweifel unterliegen, daß diese eben bezeichneten Rechte, da sie seit der Gründung der Deutschen Nationalität in unseren Provinzen gegolten haben, und noch ausdrücklich in den die Grundlage unserer Verfassung bildenden Staatsverträgen anerkannt sind, — nicht als Hülfsrecht, sondern als einheimisches erscheinen, und andererseits ergiebt

Digitized by Google

es sich, daß, da in dem Wesen dieses Rechts und seiner Quellen im Jahre 1561 keine Veränderung vorgenommen wurde, das Verhältniß seiner einzelnen Theile auch später so blieb, wie es gewesen, und mit nichten aus den oben citirten Worten der Subjections-Vollmacht und Pacten ein Vorrang des Deutschen Rechts im engeren Sinne vor dem Römischen, sondern die Geltung beider nach demselben Verhältnisse deducirt werden muß, wie solches zu der damaligen Zeit (1561) im Deutschem Reiche Statt hatte. Dies führt von selbst auf die oben unter

C. gestellte Behauptung, und zu der gleich zu erörternden Abweichung von der, durch den weiland Herrn Oberhofgerichtsrath G. v. Engelhardt in einer kleinen unter dem Titel:

„Beitrag zur Beantwortung der Frage: Gehen die vor 1561 geltend gewesenen eigenthümlichen Teutschen Rechte dem Römischen Codex vor oder stehen sie demselben nach?"

erschienenen Schrift vorgetragenen Ansicht. Der Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes braucht sich wohl kaum besonders zu entschuldigen, wenn er zum Theil anderer Meinung ist, als der gelehrte und verdienstvolle Mann, über dessen Schrift er sich im Nachfolgenden einige Bemerkungen erlaubt.

Herr v. Engelhardt begreift das R. R. auch unter den durch das Privilegium Sigismundi Augusti garantirten „iura Germanorum consueta," folgert aber, daß die consueta den propriis nachstehen müssen. Dieser Grundsatz dürfte weder im Allgemeinen richtig sein, da ausdrückliche Gesetze durch Gewohnheiten sehr wohl ab-

Digitized by Google

geändert werden können, und daher nicht nur das Gewohnheitsrecht häufig vor dem geschriebenen prävalirt, sondern auch iura Germanorum consueta den ursprünglichen und eigenthümlichen propriis in einzelnen Fällen vorgehen können, zumal eine Rangordnung derselben in den citirten Rechtsquellen nirgend enthalten, — noch folgen aus dem, auch in dem gegenwärtigen Aufsatze entwickelten Axiom, das R. R. gelte bei uns nach demselben Maßstabe wie in Deutschland, diejenigen Consequenzen, welche in der v. Engelhardt'schen Schrift daraus gezogen sind. Es heißt daselbst nämlich:

(§. 9) „Das Römische Recht kann bei uns in keinem „höhern Werth stehen, als den es in Teutschland „gehabt, und so muß es dem Altteutschen Recht „nicht nur, sondern in vielen Fällen auch dem „Canonischen nachstehen."

(§. 39) „Das Römische Recht kann keinen Vorrang vor „den Altteutschen Rechten fordern, da es ihn nie in „Teutschland hatte, sondern nur ein Nothrecht „war, das durch Gerichtsgebrauch seine Anwendung erlangt hat."

So richtig, wie gesagt, die Prämisse ist, daß das R. R. bei uns denselben Rang einnehme, wie in Deutschland, so können die daraus gezogenen Folgerungen nicht zugestanden werden, weil der Mittelsatz, daß es in Deutschland dem ursprünglich Germanischen durchweg nachstehe, keineswegs zugegeben werden kann. Im Gegentheile läßt sich evident nachweisen, daß daß R. R. in einer Menge von Materien das Deutsche thatsächlich verdrängt hat, und es dürften wohl so ziemlich alle neueren Rechtsleh-

Digitized by Google

rer dem Grundsatze das Wort reden, daß im Allgemeinen sich das Rangverhältniß des Deutschen, Römischen und Canonischen Rechts nicht bestimmen lasse, sondern in jeder einzelnen Lehre die Praxis des gemeinen Rechts entscheide, obschon allerdings zugegeben werden mag, daß, wie Herr v. Engelhardt anführt, eine Verwirrung in den Rechtsverhältnissen unausbleiblich wäre, wenn man Germanische, den Römern unbekannte Institute, nach den Principien der Quiriten deuten und aufhellen wollte. Mit den in gegenwärtigem Aufsatze vorgetragenen Ansichten stimmen übrigens auch mehrere neuere Präjudicate des Curl. Oberhofgerichts überein.

Es bleibt noch die Frage übrig, ob die nach 1561 emanirten allgemeinen Deutschen Reichsgesetze bei uns zur Anwendung kommen?

Unbestreitbar kann von einer unmittelbaren Gültigkeit derselben keine Rede sein, weil mit der Trennung vom Deutschen Reichsverbande auch die Abhängigkeit von den seitdem dort gegebenen Gesetzen aufhörte. In so fern aber unsere Provinzen in fortdauernder Verbindung mit Deutschland und bei gleicher Nationalität und Sprache blieben, auch alle hiesigen Juristen auf Deutschen Universitäten gebildet waren, konnte es nicht ausbleiben, daß die Praxis bei uns sich im Privatrechte, so weit selbiges aus dem gemeinem Rechte entnommen ist, eben so wie in Deutschland gestaltet, zumal sich dort nach 1561 nur eine sehr unbedeutende Zahl durch die höchste legislative Gewalt gegebener, das gemeine Recht normirender Verordnungen finden werden.

Somit ergiebt sich schließlich, daß die Rangordnung,

Digitized by Google

welche der §. 40 der von Engelhardtschen Schrift für die in Curland geltenden Gesetze annimmt, nämlich:

1) „Allerhöchste seit der Vereinigung Curlands mit „Rußland auch für uns zur Nachachtung emanir„te Ukasen.

2) „Die Curländischen Provincialgesetze.

3) „Die Altteutschen Rechte.

4) „Das Römische, Canonische und Longobardische Recht."

folgendermaßen genauer zu bestimmen ist.

1) Diejenigen Russischen Gesetze, welche sich entweder auf Institute der Administration beziehen, die auch in Curland gleichmäßig seit der Unterwerfung unter den Russischen Scepter existiren, und wo die allgemeinen Reichsverordnungen daher Anwendung leiden können, — oder, namentlich hinsichtlich des Privatrechts, solche Gesetze, deren Geltung für Curland durch Allerhöchsten Befehl besonders ausgesprochen worden [4]).

2) Curländische Provincial-Gesetze und Gewohnheiten.

3) Das gemeine Recht, hauptsächlich wie es aus den

---

4) Hiebei mag noch in aller Kürze bemerkt werden, daß der §. 26 der v. Engelhardt'schen Schrift anführt, durch Allerhöchste Ukasen sei das Familienretractrecht im ganzen Reiche sanctionirt worden. Da aber diese Ukasen sich auf das Russische, von dem der Ostseeprovinzen sehr verschiedene Institut des Geschlechtsvermögens beziehen, und keineswegs in den privilegirten Gouvernements Gültigkeit haben sollen, so können sie auch hier nicht in Anwendung kommen. Der retractus gentilitius ist übrigens in Deutschland nicht einmal gemein- sondern nur particularrechtlich, die Curländischen Provincial-Gesetze erwähnen desselben nur bei Gesammthandgütern, und daher existirt ein solches Näherrecht nicht ipso iure, sondern nur vertragsmäßig in Curland.

Digitized by Google

vor 1561 gültigen Gesetzen sich ergiebt, ohne daß jedoch die Ausbildung, welche es nach diesem Zeitpunkte durch wissenschaftliche Bearbeitung und Praxis erhalten, für uns verloren wäre, endlich mit dem Principe, daß in jeder einzelnen Lehre der Vorrang des Römischen, Canonischen und Deutschen Rechts durch die Praxis zu bestimmen ist, in der Regel aber, eben so wie das R. R. in den Gegenständen, die sich nur auf die Römische Staatsverfassung oder auf bei uns nicht mehr existirende Einrichtungen beziehen, keine Anwendung erleidet, — es auch in den rein Deutschen Instituten gar nicht oder nur mit großer Vorsicht zu gebrauchen ist, wie denn namentlich auf unsere Familienfideicommisse die Grundsätze der Römischen Fideicommisse höchstens in so fern angewandt werden können, als letztere nicht gegen Begriff und Wesen des Deutschen Instituts anstreiten. — Seit der allgemeinen Allodification der Lehen kommt das Lehnrecht nicht mehr unmittelbar zur Anwendung.

4) Das Livländische Ritterrecht ist zur Erklärung einzelner Lehren, z. E. vom ererbten Vermögen, in Curland dienlich, obgleich es im Allgemeinen kaum als Hülfsrecht betrachtet werden kann. Das Rigische Recht hat keineswegs in allen Städten Curlands gegolten, und findet selbst in denen, welchen es verliehen worden, gegenwärtig fast gar keine Anwendung mehr, so z. B. existirt nirgend Gütergemeinschaft unter Eheleuten.

5) Sollten die vorangeführten Rechtsquellen zur Entscheidung eines gegebenen Falles nicht ausreichen, so dürfte das Russische Reichsrecht als Hülfsrecht eintreten.

Digitized by Google

Für Liv- und Esthland kommt eine ähnliche Rangordnung der daselbst geltenden Gesetze in Betracht, nur versteht es sich von selbst, daß nach Nr. 1 die von der, zwischen 1561 und der Vereinigung mit Rußland, existent gewesenen Landesherrschaft für diese Provinzen gegebenen Gesetze eintreten, hierauf die speciellen Provincialrechtsquellen den Platz einnehmen, und das gemeine Recht unter denselben Bedingungen wie in Curland Gültigkeit hat.

IV.

Bemerkungen über die Erbgutseigenschaft und die eheliche Gütergemeinschaft nach Rigischem Stadtrecht,

angeknüpft an einen Rechtsfall.

Von dem Herrn Stadtsyndicus C. H. Zimmerberg in Dorpat.

In einer Stadt Livlands lebte der Kaufmann Gottlob W. mit seinem jüngeren Bruder Michael W. in einer Handelssocietät. Er verehelichte sich am 13. Juli 1795, und kaufte dann gemeinschaftlich mit seinem Bruder am 23. October desselben Jahres ein steinernes Wohnhaus. Seine Gattin starb schon im Juli 1801 und hinterließ aus ihrer Ehe zwei Töchter, Eleonore und Caroline. Bald darauf hoben die Gebrüder W. die Societät auf, und in Folge einer zwischen ihnen stattgefundenen Vereinbarung behielt der ältere Bruder das Haus für sich,

Digitized by Google

ließ dasselbe im Stadtbuche auf seinen Namen verschreiben, und ein darüber von der Stadtbehörde ausgestelltes Attestat im Jahr 1805 bei dem Livländischen Hofgericht corroboriren.

Gottlob W. starb im Jahr 1835 mit Hinterlassung der Tochter Eleonore und zweier Großkinder von seiner früher verstorbenen Tochter Caroline, nachdem er kurz vorher sein Haus für die Summe von 38,000 Rubel B. an einen Kaufmann verkauft, und dann bei der Stadtbehörde ein Testament deponirt hatte, worin man nach dessen Eröffnung im Wesentlichen folgende Anordnungen fand.

Zur Universalerbin des sämmtlichen nachbleibenden Vermögens, bestehend aus dem Kaufschillinge von 38,000 Rubeln für das verkaufte Haus und einigem Mobiliar, war die Tochter Eleonore eingesetzt worden, jedoch mit der näheren Bestimmung, daß dieselbe nur von den Zinsen des Capitals jährlich 1500 Rubel erhalten, nie aber, sie möchte verheirathet werden oder nicht, irgend einen Anspruch auf das Capital selbst haben sollte. Auf den Todesfall dieser Tochter ohne legitime Descendenten sollten die erwähnten Großkinder des Testators die alleinigen Universalerbinnen seines gesammten Nachlasses sein, alsdann aber sollte das den Nachlaß bildende Capital, nach Abzug einiger Legate und der für die Großtöchter ausgesetzten Erziehungskosten, so lange auf Zinseszins sicher vergeben, oder die jährlichen Zinsen anderweitig wieder fruchtbar gemacht werden, bis seine Großtöchter das gesetzliche Alter der Mündigkeit erlangt hätten oder verheirathet würden, von welcher Zeit ab selbige die Renten von dem

Capital, zu welchem die fruchtbar gemachten Zinsen desselben hinzugeschlagen worden, zu erheben, und zu genießen befugt sein sollten; der Hauptstuhl selbst aber durfte von ihnen, oder ihren Gatten und Nachkommen nie und unter keiner Bedingung gehoben werden. Sollte die eine seiner beiden Großtöchter ohne gesetzliche Erben sterben, so sollte selbige von der sie überlebenden Schwester beerbt werden; im Falle aber, daß die Tochter Eleonore verheirathet und in dieser Ehe Kinder erzeugt werden würden, sollten diese nach dem Tode ihrer Mutter mit des Testators Großtöchtern von seiner Tochter Caroline den gesammten Nachlaß zur Hälfte erben, dabei aber die obige Anordnung wegen Erhaltung des Capitals genau beobachten. Nach dem Tode seiner beiden Großtöchter und seiner Tochter Eleonore ohne Hinterlassung ehelicher Descendenten, sollten die vier Kinder von des Testators vorverstorbener Schwester, die an einen Prediger in Preußen verehelicht worden war, oder deren Descendenten oder sonstigen gesetzlichen Erben zu gleichen Theilen succediren. Als einstweiligen Beitrag zu den Erziehungs- und Unterrichtskosten seiner beiden Großtöchter war eine jährliche Summe ausgesetzt worden, welche sie vom Todestage des Testators ab bis zu erlangter Volljährigkeit oder bis zu ihrer Verheirathung aus den Revenüen seines Nachlasses ausgezahlt erhalten sollten. — Nun folgt die Verordnung einiger Legate, Bestellung der Testamentsexecutoren ꝛc.

Der Vater der erwähnten Großkinder des Testators glaubte die Rechte seiner Töchter durch dieses Testament beeinträchtigt, protestirte Namens ihrer wider dasselbe bei dem Rathe der Stadt und bat um Aufhebung des

Digitized by Google

Testamentes und um Anordnung der Intestatsuccession, weil der Testator durch seine letztwillige Disposition sich nicht nur Lieblosigkeit und Pflichtverletzung, sondern auch Gesetzwidrigkeit habe zu Schulden kommen lassen, indem derselbe, — abgesehen davon, daß wegen der hier unter Eheleuten bestehenden allgemeinen Gütergemeinschaft nach dem Tode der Gattin zwischen Vater und Kindern eine prorogatio communionis bonorum Statt finde, — ein während der Ehe mit seiner verstorbenen Frau erworbenes Immobil, woran seine Kinder und Großkinder allein nur ein unbezweifeltes Recht hätten, ohne der letzteren Zustimmung verkauft, dann über den Kaufschilling, welcher, als ein dieselbe Natur wie erwähntes Wohnhaus habendes Surrogat, nämlich als Erbgut, zu betrachten sei, ganz gegen die Rigischen Statuten zum Nachtheil seiner leiblichen Descendenten, und zum Besten seiner Schwesterkinder und deren Descendenten in Preußen, eine eigenbeliebige fidecommissarische Disposition getroffen habe, und weil durch dessen Testament seiner leiblichen Tochter und seinen Großtöchtern der Pflichttheil entzogen worden, entgegen der Vorschrift in L. 4 C. de lib. praet., L. 27 C. de inoff. test. u. Nov. 115 Cap. 3 et 4.

Die Testamentsexecutoren hielten es für ihre Pflicht, für die möglichste Aufrechterhaltung der letztwilligen Verordnung des Verstorbenen Sorge zu tragen; daher entgegneten sie wider obige Protestation:

1) handle es sich hier keineswegs um ein Erbgut, weil der Testator das Wohnhaus durch die vier Jahr nach dem Ableben seiner Ehegattin erfolgte Corroboration erst eigenthümlich acquirirt habe; mithin könne dasselbe nicht als ein

Digitized by Google

bei dem Tode der Ehegattin des Testators schon vorhanden gewesenes, sondern von letzterm erst später erworbenes Eigenthum, also nicht als Erbgut, welches während bestehender Ehe vollständig von beiden Eheleuten erworben, rechtlich betrachtet werden. Deshalb müsse alles dasjenige, was der Gegner wegen vermeintlich vor bewerkstelligter Veräußerung des fraglichen Hauses zu ertheilen gewesener Zustimmung der Tochter und der Großtöchter des Testators, so wie wegen der Natur des auf dem Hause ruhenden Capitals von 38,000 Rubel, als eines in Stelle eines veräußerten Erbguts tretenden Surrogats, auf die Bahn gebracht, ohne alle Berücksichtigung bleiben;

2) finde zwar nach Stadtrechten Gütergemeinschaft unter Eheleuten Statt, solche erstrecke sich jedoch keineswegs auf die Kinder, da einmal solche Erstreckung kein Gesetz anordne, und sodann wegen des gemeinschaftlichen Eigenthumsrechts beider Eheleute keines der beim Ableben des einen der Eltern nachbleibenden Kinder einen Erbtheil an dem Nachlaß habe, indem ein solcher Erbantheil nach dem Rigischen Statuten IV, 3, 1 durch eine abermalige Heirath des überlebenden Ehegatten, oder durch eine von demselben freiwillig unternommene Erbtheilung erst entstehe; demnach hätten die Kinder des Testators beim Ableben ihrer Mutter, und bloß dadurch keinen Erbanspruch an das etwanige damalige gemeinschaftliche Vermögen ihrer Eltern gehabt, und wäre daher auch der Testator weder seinen Kindern schuldnerisch verhaftet, noch etwa dadurch an freier Disposition über sein Vermögen auch im Mindesten rechtlichlich behindert gewesen;

Digitized by Google

3) sei gleichergestalt unrechtfertig die Behauptung des Gegners, daß den Kindern und Großkindern des Testators durch dessen Testament der Pflichttheil entzogen, ohne daß dieserhalb eine Enterbungsursache angegeben worden, denn von einer Entziehung des Pflichttheils könne nicht die Rede sein, weil nach hiesigen Gesetzen der Pflichttheil des Notherben nur in einer Erziehungsquote bestehe, und

4) sei überhaupt dem Testator, da er seinen Gesammtnachlaß allein erworben, nach §. 88 der Allerhöchsten Stadtordnung vom Jahr 1785, so wie auch in Folge später ergangener desfallsigen Ukasen, darüber die unbeschränkteste testamentarische Verfügung zugestanden worden, weshalb denn auch das Testament durchaus nicht annullirt werden dürfe, u. s. w.

Dieser Rechtsstreit, welcher durchaus nach dem Rigischen Stadtrecht entschieden werden mußte, veranlaßt mehrere interessante Rechtsfragen, die um so mehr einer Betrachtung werth sind, als Sachwalter nur zu oft geneigt zu sein scheinen, ihre Behauptungs-, Bestreitungs- und Widerlegungsgründe aus Römischen, Schwedischen und Rüssischen Gesetzen herauszusuchen, ohne das privilegienmäßig in den Städten Livlands vorzugsweise geltende Rigische Stadtrecht zu beachten.

Zuförderst möge hier

I) die Frage herausgehoben werden:

Ist der Antheil, den ein verheiratheter Socius an einem in der Handelssocietät gekauften Immobil erwarb, nach dem Tode seiner Ehefrau als Erbgut zu betrachten?

Der Begriff von Erbgut, welches im Deutschen

Rechte ein unbewegliches, von Blutsfreunden in aufsteigender Linie herkommendes, bei einer Familie in Erbgang gekommenes Gut, mit der Wirkung der Unveräußerlichkeit, wenn nicht Consens der Erben hinzukommt, bedeutet [1]), wird in den Rigischen Statuten nicht nur bestätigt, sondern auch insofern erweitert, als auch ein von zwei Ehegatten in der Ehe erworbenes Immobil, sobald einer der Ehegatten stirbt, für Erbgut erklärt wird, so daß der überlebende Ehegatte ohne erwiesene „hohe Noth" die freie Veräußerungsbefugniß verliert, und an die Einwilligung der Erben gebunden wird [2]). Ob aber auch an aliquoten Theilen solcher Immobilien die Erbgutsqualität entstehe und hafte, darüber findet sich daselbst keine ausdrückliche Bestimmung.

In dem Lübischen Rechte kommt es bei den demselben unterworfenen Grundstücken, um für Erbgut zu gelten, nicht darauf an, ob sie ganz und ungetheilt sind [3]). Theilungen von Grundstücken unter mehreren Erben kamen daselbst früher sehr häufig vor, da einerseits der Verkauf derselben zum Behuf der Auseinandersetzung oft Schwierigkeiten, auf der andern Seite aber der Besitz von Immobilien großen Werth und Bedeutung hatte. Daher findet es sich dort häufig, daß Häuser mehrerer Erben einem jeden zu einem oft kleinem Bruchtheil zugeschrieben

1) C. J. A. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen Deutschen Privatrechts (Fünfte Ausg. 1837.) §. 157.

2) Rigische Statuten B. III. Tit. 11. §. 4. F. G. v. Bunge, das Liv- und Esthländische Privatrecht §. 91.

3) C. W. Pauli, Darstellung des Rechts der Erbgüter nach älterem Lübischen Rechte. (Lübeck, 1837.) S. 28.

Digitized by Google

sind. Oft auch wurden einzelne Theile von Grundstücken käuflich erworben, die dann nach dem Tode des Eigenthümers auf seine Erben fielen. Solche Theile von Grundstücken waren Erbgut, und dies ergiebt sich zum Ueberfluß daraus, daß sie nur in Fällen echter Noth veräußert werden durften [4]). Ebenso konnte daselbst auch ein Grundstück zum Theil Erbgut, zum Theil wohlgewonnenes Gut sein, und zwar unter andern in dem Falle, wenn derjenige, dem in einem Grundstücke ein Antheil als Erbgut zugefallen war, demnächst auch das Uebrige oder einen weitern Theil desselben von seinen Miterben oder von dritten Personen an sich kaufte; oder umgekehrt, wenn Jemand, dem ein Theil eines Grundstückes als wohlgewonnenes Gut zustand, demnächst das Uebrige oder einen ferneren Theil ererbte. In diesen häufig vorkommenden Fällen fand ein völlig gesondertes Eigenthumsrecht an den verschiedenen Theilen des Grundstückes Statt, an dem einen ein völlig freies, an dem andern ein durch das Recht der Erben beschränktes [5]).

---

4) S. Pauli S. 29, und das daselbst angeführte Ober-Stadtbuch der Stadt Lübeck s. a. 1286: „Notum sit, quod Ericus de Siggeran emit de Ebelingo fratre suo *suam partem* totius hereditatis, site in platea castri sicut iacet: quam sibi coram Coss. resignavit, *iurando, quod nihil magis haberet, quam huiusmodi hereditatem.*“

5) Pauli S. 93. — Inscription des Ober-Stadtbuchs der Stadt Lübeck von 1321: Notum sit, quod Elizabeth de Oldesle emit a Iohanne longo, fratre suo, et ab Henrico Frisone, fratre suo, quicquid habebant in domo, sita ..... et pars dicte domus eidem Elizabeth cessit de morte sue matris, et sic tota domus sibi pertinet et est sibi coram Consulibus resignata. — O.St.Buch von 1327: Notum sit, quod Henricus et Hermannus de Alen fratres.

Da die Liv- und Esthländischen Stadtrechte aus den Rechten Germanischen Ursprungs, und zunächst aus den Hamburgischen und Lübischen Statuten geflossen sind[6]), so ist es wohl keinem Zweifel unterworfen, daß wir die Rigischen Statuten, wo dieselben uns dunkel scheinen, aus ihren Quellen interpretiren können und müssen[7]).

Aber selbst wenn wir den Begriff des Erbguts nach Rigischem Stadtrecht auf solche Weise nicht erweitern und erklären wollen, läßt sich auch aus den Rig. Stat. selbst die Frage, ob an aliquoten Theilen von Immobilien Erbgutsqualität haften könne, ohne Mühe bejahen.

Abgesehen nämlich davon, daß aus der oben angeführten Bestimmung der Rigischen Statuten, in welcher der Begriff von Erbgut festgesetzt worden, keineswegs gefolgert werden kann, daß die Erbgutseigenschaft nur an ungetheilten, im Eigenthume eines einzigen Individuums stehenden Immobilien stattfinde, so befindet sich in den Rig. Stat. ein Titel „von Erb- und gemeiner Güter

---

emerunt a fratre suo Iohanne de Alen omnem porcionem, quam ipse Iohannes habuit in demo quadam, que olim pertinuit patri eorum Iohanni de Alen.... quam porcionem ipsis cor. Coss. resignavit. Item predicti duo fratres emerunt eciam a sororibus suis Gertrude et Elizabeth porciones suas, quas ipse cum consensu maritorum suorum ..... eis cor. Coss. resignaverunt, ita videlicet quod predicta domus tota ipsis Hinrico et Hermanno de Alen fratribus pertinebit; *sed cum dimidietate domus eiusdem facere poterunt et dimittere sicut cum mercatoriis bonis suis. Alia autem dimidietas domus est ipsis hereditata a patre suo predicto.*

6) F. G. v. Bunge, Beiträge zur Kunde der Liv-, Esth- und Curländischen Rechtsquellen, S. 37, 42 u. fgg.

7) F. G. v. Bunge, Wie und nach welchen Regeln müssen die in Livland geltenden Gesetze interpretirt werden? §. 5.

Digitized by Google

Theilung“ [8]), aus dessen Ueberschrift man schon schließen könnte, daß Erbgut nicht immer ein ungetheiltes zu sein braucht. Der §. 1 dieses Titels verordnet aber ausdrücklich: „Zween Erben, die ein Haus gemein haben, sollen nicht bemächtigt sein, vor sich sothanes Erbe abzuschauern, oder abzuzäunen“ u. s. w. Sie konnten dasselbe also gemeinschaftlich besitzen, und folglich ein jeder seinen Antheil auch wieder vererben, und mit seiner Erben Einwilligung oder im Fall echter Noth veräußern, und ist hier nicht die Möglichkeit ausgeschlossen, daß sie und ihre Erben, selbst mit anderen künftigen Erwerbern der einzelnen Theile solchen Hauses, sich über den gemeinschaftlichen Besitz friedlich vereinigten. Nur in dem Falle, wenn sie sich „umb den Besitz nicht vereinigen“ konnten, fand die in §. 2 enthaltene, unten noch zu erwähnende, Bestimmung Anwendung.

Nehmen wir nun den Fall an, daß zwei Brüder, als Erben ihres Vaters, im gemeinschaftlichen und friedlichen Besitz eines solchen Erbguts sich befanden, daß aber einer von ihnen wegen echter Noth gezwungen war, seinen Antheil an den Bruder zu verkaufen. Hier fände dann der oben aus dem Lübischen Rechte erwähnte Fall Statt, daß ein Grundstück zum Theil Erbgut, zum Theil aber wohlgewonnenes Gut, daß die eine Hälfte desselben wegen der darauf haftenden Erbgutsqualität ein durch das Recht der Erben beschränktes, und die andere Hälfte ein völlig freies Eigenthum wäre.

Kann mithin, nach Rigischem Stadtrecht überhaupt ein

8) Rig. Stat. B. IV. Tit. 8.

aliquoter Theil eines Grundstücks Erbgut sen, so folgt von selbst, daß auch der Antheil, den ein verheiratheter Kaufmann an einem in einer Handelssocietät gekauften Hause erwarb, nach seinem oder seiner Frauen Tode Erbgut ist. Daher war nach dem Ableben der Frau des Kaufmannes Gottlob W. die eine während bestehender Ehe erworbene Hälfte des Hauses (man muß hier Gleichheit der Concurrenz präsumiren, da über das Societätsverhältniß zwischen beiden Brüdern nicht die geringste Nachweisung vorhanden ist) mit Erbgutsqualität behaftet, die andere Hälfte aber, — welche nach Aufhebung der Societät ihm sein Bruder und bisheriger Miteigenthümer verkaufte, — war ein völlig freies Eigenthum, über welches Gottlob W., den Grundsätzen des Rigischen Stadtrechts gemäß, nach Belieben durch Veräußerung verfügen durfte. Hieran knüpft sich nun

II. die Frage: ist der Kaufschilling für ein mit Erbgutsqualität ganz oder zum Theil behaftetes Immobil auch wie Erbgut zu behandeln?

Daß Geldantheile in einem Erbgut auch nur ein beschränktes Recht gewähren, ist in den Städten Deutschlands, wo das Institut der Erbgüter in Folge ehelicher Gütergemeinschaft besteht, nicht ungewöhnlich. Namentlich fand es in Lübeck Statt, besonders wenn Kindern erster Ehe von dem Parens binubus ein Ausspruch geschah, oder wenn ein einzelnes Kind aus der Were abzusondern oder auszusteuern war, daß demselben nicht ein aliquoter Theil eines Erbes, sondern ein in Gelde angeschlagener Antheil in demselben angewiesen ward.

Digitized by Google

Diese Antheile wurden ebenfalls als Erbgut behandelt, wie die Inscriptionen der Stadtbücher und älteren Testamente in Lübeck ergeben [9]).

Auch in den Städten Livlands giebt es Fälle, wo Erbgüter gesetzlich in Geld angeschlagen werden müssen, wie in dem §. 2 des oben allegirten Titels der Rig. Statuten „von Erb- und gemeiner Güter Theilung" [10]) enthalten ist. „Haben zwei Erben," heißt es daselbst, „ein „gemeines liegendes Grund, und können sich umb den „Besitz nicht einigen, so soll derjenige, der geschieden sein „will, und zur Theilung eilt, das liegende Grund auf „Geld setzen, und der andere entweder zum Gelde, oder „dem unbeweglichen Gute zu wählen schuldig sein."

Wie oben dargethan, können nach den Rig. Statuten aliquote Theile eines Erbguts auch ein Erbgut sein. Müssen nun solche Theile, wenn es die Nothwendigkeit

---

9) Pauli, S. 30 Anm. 69. Ober-Stadtbuch 1291: Notum sit, quod relicta Iohannis Broschen et eius pueri cum suis procuratoribus assignaverunt Hinrico de Rodinghusen in hereditate angulari sita in fossa pistorum et in alia adiacente C. Marcas arg. et XX Marcas argenti pro dote cum filia dicti Iohannis sibi dandas, ut cum iis facere possit sicut cum mercatoriis bonis suis. Actum coram Coss. Anno Dom. MCCLXXXXI in festo palmarum. Ad haec consensum dederunt primi pueri ipsius Broschen. War es nicht an sich Erbgut oder der Erbgutsqualität fähig, so wäre die Clausel: ut cum his facere possit etc. nicht nöthig gewesen. — Testamentum Ghertrudis Stripederokkes a. 1351: Item habeo in quibusdam hereditatibus pecuniam iure haereditario ad me pertinentem, quae dicitur Vorstorven erve, videlicet in domo cuiusdam lanificis in platea S. Iohannis C. Mr. arg., item in domo domine Metten de Hamme in mixta platea C. Marc. arg. et in hereditate quam inhabito CC. Mr. et XLV Mr. den.

10) Rig. Stat. B. IV. Tit. 8.

erfordert, in Geld angesetzt werden, so folgt noch nicht, daß dadurch auch das Recht der Erben an dem Erbgut verloren gehen muß, oder geschmälert werden könne. Es ist ja der Fall denkbar, daß zu Zeiten ein mit Erbgutsqualität behaftetes Immobil den Erben nicht nur keinen Vortheil, sondern offenbaren Schaden bringt, und daß es daher weit vortheilhafter ist, dasselbe zu veräußern. Wie könnte nun ohne Zustimmung der Erben das Kaufpretium die Erbgutsqualität verlieren? Darf nur mit der Erben Zustimmung, oder wegen hoher Noth ein Erbgut veräußert werden, so kann auch, da das Rig. Statut dem nirgends widerspricht, der Kaufschilling für ein Erbgut nur unter gleicher Bedingung die Natur des Erbguts verlieren, und der Rechtsgrundsatz: pretium succedit in locum rei Anwendung finden, um so mehr in dem vor uns liegenden Rechtsstreite, als der mit Erbgutsqualität behaftete Vermögenstheil vom Vater ohne der Erben Genehmigung veräußert wurde, und der Kaufschilling zur Zeit des anhängig gemachten Processes noch auf dem Hause ruhte. Nun frägt es sich ferner:

III. wurde durch den Umstand, daß der über das von den Gebrüdern W. acquirirte Haus abgeschlossene Kaufcontract nicht zu Lebzeiten der Frau des Gottlob W., sondern erst nach deren Tode, corroborirt wurde, auch das den Erben des letztern an dem fraglichem Immobil gesetzlich zuständige Recht suspendirt, oder gar gänzlich unwirksam gemacht?

Die Corroboration oder Investitur, gerichtlicher Auflaß, Auftrag, ꝛc., ist die feierliche vertragsmäßige Ueber-

tragung des Eigenthums an Grundstücken durch den Richter[11]), mußte ehemals im echten Ding geschehen, und verschaffte dem Empfänger, außer dem Eigenthumsbesitz (Gewehre), den Beweis der Erwerbung, Sicherheit der Vertretung, so lange sie ihm nöthig war, und der Evictionsleistung, besonders aber auch das wichtige Recht, nach Jahr und Tag sein eigner Gewehre zu sein; dem aber, welcher ein Widerspruchsrecht gegen die Veräußerung zu haben behauptete, gab der Auflaß Gelegenheit, dieses auszuüben. Vorher galt der Veräußerer im öffentlichen Verhältniß noch als Eigenthümer, und der Erwerber war zwar Civilbesitzer, aber noch nicht zu gerichtlichen Verfügungen über die Sache legitimirt[12]).

In Riga geschieht nach dem dortigen Stadtrecht der Auflaß durch eine feierliche Erklärung des Uebertragenden oder seiner Erben vor dem Rathe in den sogenannten offenbaren Rechtstagen. Demselben geht die genaueste Prüfung der Rechtmäßigkeit des Erwerbtitels, so wie die der geschehenen Beobachtung der Formalien, wozu unter andern die bei der Corroboration zu entrichtende Krepostposchlin von vier Procent von dem Gesammtwerthe des veräußerten Immobils gehört, theils durch den Bürgermeister, theils durch die Rathscanzlei voraus. Der Auflaß wird hierauf nebst dem über die Veräußerung aufgesetzten Document in das „Erbebuch" der Stadt eingetragen, dem Erwerber zu seiner Legitimation ein Protocoll ausgefertigt, und werden sodann durch ein Proclam in den öffentlichen Blättern Alle, welche gegen den Auftrag Einwendungen zu machen haben, aufgefordert, solches binnen Jahr und Tag (1 Jahr und 6 Wochen) a dato des Auftrages zu thun. Wird der Auftrag in dieser Zeit nicht angefochten, so wird er rechtsbeständig, gleich einem rechtskräftigen Urtheil[13]).

In den übrigen Städten Livlands, wo die offenbaren Rechtstage außer Gebrauch gekommen sind, ist das Ver-

11) R. Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen gemeinen Deutschen Rechts §. 200.

12) K. F. Eichhorn, Einleitung in das Deutsche Privatrecht §. 174. — Maurenbrecher §. 201.

13) F. G. v. Bunge, Privatrecht Thl. 1. §. 121. Dieses Verfahren gründet sich auf die Rig. Stat. B. III. Tit. 11; B. II. Cap. 32, und die „willkürlichen Gesetze der Stadt Riga."

Digitized by Google

fahren beim Auftrag nicht dem in Riga völlig gleich. In Dorpat z. B. wird gegenwärtig der vom Käufer beigebrachte Kaufcontract durch Eintragung in die Gerichtsbücher des Rathes (früher des Hofgerichts) corroborirt, hierauf wird vom Rathe ein Proclam auf ein Jahr und sechs Wochen erlassen, und wenn die Acquisition durante proclamate nicht angefochten wird, das Grundstück mittelst einer Auftragsresolution dem Erwerber adjudicirt, und solches, ehemals in dem „Erbe- und Auftragebuche," jetzt aber in dem „Grundbuche" verzeichnet.

Der Auflaß oder die Corroboration ist demnach zur Erwerbung des vollkommenen Eigenthums an einem Immobil durchaus erforderlich. Der Erwerber erhält dadurch erst eine dingliche Klage. Indessen macht der Mangel des Auflasses das Rechtsgeschäft nicht ungültig, sondern suspendirt nur die Ausübung wirklicher Eigenthumsrechte von Seiten des Erwerbers, indem ihm nur gegen den Veräußerer eine persönliche Klage gestattet wird, er aber an dem gekauften Immobil keinen Bau vornehmen, noch daran ein Pfandrecht bestellen, noch das Haus einem Dritten veräußern darf [14]).

Hieraus folgt aber keineswegs, daß ein von Mann und Frau in der Ehe erworbenes, aber noch nicht aufgetragenes Immobil, nach dem Tode eines der Eheleute wegen fehlender Auflassung nicht die Erbgutseigenschaft haben sollte.

Der Erwerber eines Immobils ist vor dem Auflaß noch nicht vollkommner Eigenthümer im öffentlichen Verhältnisse, wie oben erwähnt, der Verkäufer bleibt ihm jedoch für Beeinträchtigung des Eigenthumes persönlich aus dem Kaufcontracte zur Entschädigung verpflichtet. In so fern behält das Rechtsgeschäft selbst seine Gultigkeit, daher kann auch durch den Mangel des Auftrags der Eigenschaft der Sache, wie z. B. hier der Erbgutsqualität, die durch den Erwerbstitel, den Kauf, mit bedingt wurde, kein Abbruch geschehen. „Was beide annoch lebende Eheleute an unbeweglichem Erbe kaufen, wird, sobald einer ihrer stirbt, Erbgut;" so lautet das Statut [15]), dasselbe ver-

14) Der Stadt Riga willkürliche Gesetze und Rechte, Tit. I. §. 7 u. 8. Rig. Stat. B. II. Cap. 35 §. 1; B. III. Tit. 9 §. 5.
15) Rig. Stat. B. III. Tit. 11. §. 4.

langt nicht, daß das Immobil, um Erbgut zu werden, durch den Auflaß durchaus in das vollkommene Eigenthum des Erwerbers übergegangen sein müsse, sondern daß dieser nur diejenigen Eigenthumsrechte erworben habe, die er durch den Kauf und die außergerichtliche Uebergabe der Sache erhält: „Wenn Käufer und Verkäufer des Kaufs einig sind, — heißt es im Eingange dieses Titels der Statuten — so ist der Handel geschlossen, und erlanget der Käufer das Eigenthum des Guts, wenn ihm das Verkaufte übergeben worden“ [16]).

Es gehören demnach nach den Rigischen Statuten die Corroboration und der gerichtliche Auflaß nicht zu den wesentlichen Erfordernissen, um Erbgutsqualität zu begründen.

IV. Die Gottlob W.'schen Testamentsexecutoren geben zwar zu, daß nach den Stadtrechten Gütergemeinschaft unter Eheleuten Statt finde, leugnen aber, daß solche sich auch auf den überlebenden Ehegatten und die Kinder erstrecke.

Einige Rechtslehrer nehmen als gemeines Recht an, daß überall, wo während der Ehe allgemeine Gütergemeinschaft Statt fand, solche auch zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern eintreten müsse, oder mit andern Worten, daß der überlebende Ehegatte mit den Kindern in ungetheilter Were bleibe; andere dagegen [17]) behaupten, daß weder ältere Statuten, noch die Natur der Gütergemeinschaft auf eine solche Ansicht führen, sondern daß, da es schon früh natürlich geschienen, daß der Ueberlebende die Kinder erziehe, man auch bald zu der Gewohnheit gekommen sei, daß der Ueberlebende die Kinder und das ganze Vermögen in seiner Were behalte, und daß in den meisten Fällen das, was man als fortgesetzte Gütergemeinschaft betrachtet, nur Fortsetzung der ohne Rücksicht auf eine neue Gütergemeinschaft begründeten vormundschaftlichen Verwaltung des überlebenden Ehegatten, und eine Folge der auf Billigkeit gegründeten Ansicht von dem Zusammenhange des fortdauernden Genusses des ganzen Vermögens mit der Erziehung der Kinder sei,

16) Ebendas. §. 1.

17) C. J. A. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen Deutschen Privatrechts Bd. II. §. 404.

Digitized by Google

daß daher aus dem Daſein der allgemeinen Gütergemeinſchaft an einem Orte noch nicht folge, daß auch die fortgeſetzte dort beſtehe, ſondern daß von jedem, der dieſes Verhältniß behaupte, nachgewieſen werden müſſe, daß, und in welchem Umfange das Landesgeſetz oder die Landespraxis die fortgeſetzte Gütergemeinſchaft geſtatte, und daß es endlich überall einer genauen Prüfung bedürfe, ob wirklich fortgeſetzte Gütergemeinſchaft da ſei, und nicht vielmehr das Verhältniß ſich in ein bloß fortdauerndes Mundium oder in ein vormundſchaftliches Verhältniß auflöſen laſſe.

Bei einer ſolchen Prüfung der Rigiſchen Statuten ergiebt ſich aber, daß hier durchaus eine Prorogation der Gütergemeinſchaft angenommen werden müſſe. Einestheils kann nämlich bei uns kein reines vormundſchaftliches Verhältniß zwiſchen dem überlebenden Gatten und den Kindern angenommen werden, da ſelbſt mündig gewordene Kinder den überlebenden Vater, oder die überlebende Mutter, bevor der eine oder die andere zur andern Ehe ſchreitet, nicht zur Theilung zwingen können, anderntheils aber ſagen unſere Statuten ausdrücklich, wo ſie von der Inteſtatſucceſſion und von der Abſonderung der Kinder und Eltern handeln, daß „die Kinder in den Wehren bleiben," in dem „gemeinen Saamen ſtehen," und nennen auch ſolche Gütergemeinſchaft „den gemeinen Haufen"[18]). Deutlich genug iſt der Begriff einer prorogirten Gütergemeinſchaft in folgender Stelle der Rig. Statuten ausgeſprochen[19]): „Wenn Mann und Frau „Kinder mit einander haben, welche ſie bei ihrer Lebzeiten „mit beſcheidenem Gute von ſich abgetheilet, oder aber, „da einer der Eltern, nach Abſterben deren eines, bei „Trennung in die andere Ehe, die erſten Kinder abgeleget hätte, nach Stadtrechten; ſo ſollen ſolche abgeſonderte Kinder von aller künftigen Erbſchaft ihrer beiderſeits Eltern ſich enthalten; die andern Kinder „aber, ſo in den Wehren geblieben, und in „dem Saamen ſtehen, ſollen das übrige Gut „ihrer Eltern allein theilen."

18) Rig. Stat. B. IV. Tit. 1 §. 1. Tit. 4 §. 6 F. G. v. Bunge, Privatrecht §. 278.
19) Rig. Stat. B. IV. Tit. 3 §. 1.

Digitized by Google

Der in unserem Falle von den Testamentsexecutoren angeführte Grund, daß die nachbleibenden Kinder nach dem Tode eines der Eltern kein Erbrecht an dem gemeinschaftlichen Eigenthume beider Eheleute haben, indem ein solcher Erbantheil durch eine abermalige Heirath des überlebenden Ehegatten, oder durch eine von demselben freiwillig unternommene Erbtheilung erst entstehe, verräth nur Mißverstehen der in den Rigischen Statuten über die eheliche Gütergemeinschaft vorhandenen Bestimmungen, da nach selbigen den Kindern allerdings ein Erbrecht an dem Gemeingut zusteht, das eventuelle Erbrecht der Eltern und Kinder aber auf keine bestimmten, sondern nur auf ideelle Theile vom Ganzen geht.

V. Ein Pflichttheil im Sinne des Römischen Rechts, welches einem Testator zur Pflicht macht, gewissen Intestaterben die Legitima, oder den gesetzlich bestimmten Theil dessen, was diese ab intestato erben mußten, zu hinterlassen, oder dieselben aus in dem Gesetze bezeichneten Ursachen zu enterben, kann wohl nach den Rigischen Statuten unbedingt nicht angenommen werden; weil die meisten dem Rigischen Rechte unterworfenen Nachlaßmassen auch aus solchen Vermögenstheilen bestehen, welche die Erblasser nicht als freies Eigenthum besaßen, und den nächsten Intestaterben durch letzte Willensdispositionen nicht entziehen durften, auch von Enterbungsursachen in dem Statut nur die einzige angeführt worden, daß diejenigen, welche „in einen päbstlich-geistlichen Mönchs- oder Nonnenstand sich begeben hätten und darin Gehorsam thäten," kein Erbe oder fahrendes Habe erheben sollen[20]). Obgleich nun auch einige Rechtslehrer wider die Anwendung der Römischen Ansichten vom Pflichttheil auf das Deutsche Institut der statutarischen Portion sind[21]), so nimmt man doch an, daß nach dem Rigischen Recht Descendenten, überlebende Ehegatten und Ascendenten sowohl in Beziehung auf ererbte Immobilien, als auch auf Mobilien und wohlerworbene Immobilien als Northerben anzusehen sind[22]), und daß der überlebende Ehegatte, wenn er beerbt ist, von dem in der Gütergemeinschaft begriffenen

20) Rigische Statuten B. IV. Tit. 2. §. 2.
21) Mittermaier, Privatrecht Bd. II. §. 443.
22) v. Bunge, Privatrecht §. 419.

Digitized by Google

Vermögen nur über so viel auf den Todesfall verfügen dürfe, als ihm bei der Theilung mit den Kindern zukommen würde [23]), während dazu Jünglinge von 18 und Jungfrauen von 14 Jahren und Wittwen die Einwilligung ihrer Vormünder und Curatoren bedürfen [24]).

Möge nun diese Annahme in der Praxis oder anderweitig begründet sein, so kann doch hinsichtlich der Erbgüter solchen Notherben ihr gesetzlicher Erbtheil nur aus dem einzigen Grunde, daß sie etwa in ein Catholisches Kloster getreten sind, entzogen werden. Es können demnach nur hinsichtlich des nicht in der Gütergemeinschaft befangenen Vermögens die Grundsätze des Römischen Rechts vom Pflichttheil in Anwendung kommen, nirgends ist aber in den Rigischen Statuten die Anordnung enthalten, daß der Pflichtheil nur in einer Erziehungsquote bestehen solle [25]), wie die Gottlob W.'schen Testamentsexecutoren behaupten.

Da nun, wie oben dargethan worden, die Hälfte des Gottlob W.'schen Nachlasses mit Erbgutsqualität behaftet war, und der Testator darüber keine eigen beliebige Disposition treffen durfte, so war das Testament hinsichtlich dieses Theils des Nachlasses nichtig, während seine Disposition hinsichtlich des Theils, worüber er ein völlig freies Eigenthumsrecht hatte, gültig bleiben mochte, wenn keine anderen gesetzlichen oder rechtlichen Hindernisse dem entgegen standen. Der Grundsatz des Römischen Rechts, nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, kann nach unserem statutarischen Rechte in Fällen, wo Erbgüter, oder mit deren Qualität behaftete Vermögenstheile, die gesetzlich den nächsten Intestaterben nicht entzogen werden dürfen, vorhanden sind, eben so wenig, als die Römische Ansicht vom Pflichttheil und Notherben Anwendung finden [26]).

---

23) Ebendas. §. 418.

24) Rig. Stat. B. III. Tit. 4 §. 4; B. III. Tit. 16 §. 2.

25) Dies gründet sich auf die bloß im Landrecht, keineswegs aber im Stadtrecht zur Anwendung kommende Königl. Schwedische Testamentsstadga vom 3. Juli 1686 §. 2. Vergl. v. Bunge's Privatrecht §. 381 und §. 417 Anm. f.

26) v. Bunge's Privatrecht §. 411.

Digitized by Google

V.

Ueber die Aufhebung von Rechtsgeschäften wegen laesio enormis.

Von C. O. v. Madai.

A. Nach gemeinem Recht.

§ 1.

Einleitung.

Es giebt Controversen, die durch ihr Alter eine gewisse Ehrwürdigkeit, durch Verjährung gleichsam ein Recht auf ihre Fortdauer erworben haben, so daß jedes Bestreben der Wissenschaft, sie ihrer allendlichen Beseitigung näher zu führen, als ein vergebliches, in den Augen Mancher sogar als ein Frevel erscheint. Wird nun auch diese Ansicht so offen und unverholen auf dem Gebiete der Wissenschaft nicht ausgesprochen, so macht sie gleichwohl unter einem andern Gewande sich geltend. Man stützt sich nämlich darauf, daß durch die Praxis ein vorhandener Streitpunkt entschieden sei, ohne weitere Rücksicht, ob sie den Knoten gelöst oder willkürlich zerhauen: und jedes Bedenken über die Richtigkeit dieser Entscheidung wird von vorn herein durch die Berufung auf die Praxis zurückgewiesen.

Digitized by Google

Das hier Gesagte gilt in besonderem Maße von dem bekannten Streite über die Auslegung und Anwendung der L. 2 C. de rescindenda venditione. Die Civilisten unserer Zeit lehren fast einhellig, daß die Bestimmung dieser L. 2 C. über Aufhebung eines Kaufgeschäftes wegen laesio enormis nicht auf den Verkäufer zu beschränken, vielmehr auch auf den Käufer, so wie auf andre oneröse Verträge anzuwenden sei. Für diese Ausdehnung berufen sie sich auf die Praxis, wenn auch hier und da Zweifel an der Richtigkeit derselben ausgesprochen werden. So soll denn also die Praxis allein über einen der wichtigsten Rechtssätze des Obligationenrechts entscheiden, so daß Appellation dagegen unzulässig? Kann aber die Wissenschaft, kann die Praxis selbst sich dabei beruhigen? Hat nicht auch diese letztere das Interesse, das Bewußtsein der Richtigkeit ihrer Entscheidung in sich zu tragen? Kann und darf sie eine Herrschaft ausüben wollen, deren Rechtmäßigkeit ihr selbst zweifelhaft werden muß, wenn zu allen Zeiten gründliche Forscher des Rechts sich bald mehr, bald weniger bestimmt gegen sie erklärt? Und sollte endlich nicht der einzelne Richter, der doch ein Diener des Rechts ist, von einer Praxis, deren Irrthümlichkeit er klar erkannt hat, abzuweichen berechtigt, ja verpflichtet sein?

Da bei der in Rede stehenden Controverse die Praxis so besonders entscheidenden Einfluß geübt, so ist vor allem das Verhältniß dieser letzteren zu dem Recht, wie zu der Wissenschaft desselben als eine nothwendige Vorfrage etwas näher zu erörtern. Schon der Begriff der Praxis ist ein überaus schwankender. Versteht man

Digitized by Google

darunter das oberflächliche Festhalten an die Art, wie etwas bisher geschehen ist, unbekümmert um die Gründe, „so ist dieselbe," wie Schweppe [1]) mit Recht bemerkt, „als Schlendrian und Huldigung des Bequemlichkeitssinns" gar keiner Beachtung werth. Nimmt man dagegen die Praxis in dem Sinne „eines Systems von Rechtsgrundsätzen, wie sie sich in und durch die Anwendung gestalten, woraus ein der Theorie entgegengesetztes System der Praxis hervorgehen kann, wohin dann die Bestimmung gehört, ob etwas anwendbar sei, und in welchem Maße, mit welchen Milderungen und Modificationen," so fällt hier die Praxis theils mit der Gewohnheit, theils mit der s. g. gemeinen Meinung zusammen. Zwar sind nun manche Rechtslehrer der Ansicht, daß Rechtsnormen, die eine entschiedene Praxis und überhaupt die Bedingungen einer rechtsverbindlichen Gewohnheit für sich haben, an und für sich auf dem Gebiete des gemeinen Rechts als eigentlich bindend zu betrachten seien. Indeß darf dabei richtiger die Entstehung solches Gerichtsgebrauchs nicht gänzlich außer Acht gelassen werden. Liegt demselben ein Irrthum zu Grunde, beruht er namentlich auf unrichtigem Verständniß eines Gesetzes, so kann derselbe eben so wenig als überhaupt eine Rechtsgewohnheit, die auf irrigen, dem Geiste des bestehenden Rechts zuwiderlaufenden Vorstellungen beruht, verbindliche Kraft haben. Es ist hier zu erinnern an den Ausspruch des Celsus: „quod non ratione introductum, sed er-

1) Schweppe, das Römische Privatrecht. 4te Aufl. Bd. 1. § 37.

468256

Digitized by Google

rore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet", so wie an die Worte Justinian's: „quae male excogitata sunt, ea nec longa consuetudine confirmari volumus." Was nun aber die s. g. gemeine Meinung betrifft, so ist (abgesehen davon, daß in den meisten Fällen das, was eigentlich die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten in Ansehung einer gewissen Streitfrage sei, schwer zu ermitteln ist, denn soll hier Mehrheit oder das Gewicht einzelner Stimmen entscheiden?) dieser noch weniger verbindende Kraft beizulegen. Denn 1) fehlt es bei uns, wie schon von Schweppe a. a. O. bemerkt ist, an der bei den Römern freilich vorhandenen, gesetzlichen Anerkennung dieser Rechtsquelle; 2) kann eine frühere übereinstimmende Meinung der Juristen nicht auch noch in einer späteren Zeit Gesetz sein; am wenigsten heut zu Tage, wo der Quellen-Vorrath sich erweitert hat, wo die wissenschaftlichen Ansichten sich so geändert haben, und die Behandlung des Rechts selbst eine andere geworden; 3) wird man auch bei näherer Nachforschung fast immer gewahr, daß die als allgemeine Lehre ausgegebenen Sätze schon zu jeder Zeit ihre Gegner gefunden haben.

Wenn nun mit den hier angeführten Ansichten gewiß jeder Jurist einverstanden sein wird, so wird auch zugegeben werden müssen, daß durch die so oft ausgesprochene Behauptung, die Praxis habe nun einmal die Ausdehnung der laesio enormis auf den Käufer und andere aus oneroſen Verträgen erwerbende Personen entschieden, der Streit nicht beendet, und noch viel weniger

Digitized by Google

jede wiederholte wissenschaftliche Prüfung dieses Gegenstandes überflüssig gemacht worden sei. Würde durch eine solche die Unrichtigkeit der bisher in der Praxis allgemein befolgten Ansicht auf das bestimmteste erwiesen, so würde nach dem Obigen die Praxis verpflichtet sein, den Irrthum gegen eine richtigere Lehre aufzugeben. In sofern darf der Verfasser des nachstehenden Aufsatzes wohl erwarten, man werde ihm nicht den Vorwurf machen, einen unpractischen, dem Zweck dieser Blätter unangemessenen Gegenstand erwählt zu haben. Daß die hier aufgestellte Ansicht unumstößlich und allein die richtige, ist derselbe weit entfernt zu glauben. Doppelt thöricht wäre solche Anmaßung bei einer Controverse, die Jahrhunderte hindurch die größten Kenner des Civilrechts beschäftigt und zu entgegengesetzten Ansichten geführt hat. Nur auffordern möchte der Verfasser zu erneuerter Prüfung der Streitfrage, die mit Unrecht mehr und mehr als eine abgethane angesehen wird, und zugleich auf eine bisher noch nicht eingeschlagene Betrachtungsweise die Aufmerksamkeit der Rechtskundigen richten.

§ 2.

Standpunkt der Controverse.

Bekanntlich legt eine Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian dem Verkäufer das Recht bei, wenn er weniger als die Hälfte des Werthes der verkauften Sache als Kaufpretium erhalten (laesio ultra dimidium s. enormis), Aufhebung des ganzen Kaufgeschäfts zu verlangen, falls der Käufer sich nicht bereit

Digitized by Google

findet, so viel nachzuzahlen, als der wahre Werth der Sache beträgt. Diese in einem Rescript enthaltene Verordnung, ward von denselben Kaisern späterhin in einem zweiten Rescript wiederholt und in einigen Punkten näher bestimmt. Beide Rescripte sind uns in Justinian's Codex erhalten und lauten also:

1. L. 2. C. de rescindenda venditione. (4, 44) — Rem maioris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate iudicis intercedente, vel si emtor elegerit, quod deest iusto pretio, recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit. —
2. L. 8. C. eod. — Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit, dolus ex calliditate atque insidiis emtoris argui debet, vel metus mortis, vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minore pretio fundum venditum significas, ad rescindendam venditionem invalidum est. Quodsi videlicet contractus emtionis atque venditionis cogitasses substantiam, et quod emtor viliore comparandi, venditor cariore distrahendi votum gerentes, ad hunc contractum accedant, vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat, detrahente, emtore autem huic quod obtulerat, addente, ad certum con-

Digitized by Google

sentiant pretium: profecto perspiceres, neque bonam fidem, quae emtionis atque venditionis conventionem tuetur, pati, neque ullam rationem concedere, rescindi propter hoc consensu finitum contractum, vel statim, vel post pretii quantitatis disceptationem: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum esset, electione iam emtori praestita, servanda. —

Ob schon zur Zeit der classischen Pandectenjuristen die Willkür der Parteien bei Festsetzung des Kaufpreises in der hier angegebenen Weise beschränkt gewesen sei (denn eine derartige Beschränkung liegt doch offenbar den Verordnungen Diocletians und Maximians zu Grunde), ist unter den Rechtslehrern bestritten. Die Gründe der bejahenden Meinung sind wenigstens nicht durchgängig zu billigen. Es wird nämlich 1) besonderes Gewicht darauf gelegt, daß die bona fides, die doch jedem Kaufgeschäfte wesentlich zu Grunde liegen müsse, eine übermäßige Verletzung der einen Partei nicht gestatte, so wie daß solche Verletzung dem bonum et aequum, wonach der Richter zu entscheiden habe, widersprechen würde, und daß endlich in L. 3 C. communia utriusque iudicii allgemein gesagt sei, bei bonae fidei negotiis werde das perperam und inaequaliter nicht geduldet, was dann in andern Gesetzen näher bestimmt und auf die laesio enormis angewendet worden. Indeß ist aus so allgemeinen Gründen ein bestimmter Schluß mit nur einiger Sicherheit um so weniger zu ziehen, da es gerade

Digitized by Google

in der Natur des Kaufgeschäftes liegt [2]), daß die Parteien einander zu übervortheilen suchen; indem der Käufer die Sache möglichst unter ihren Werth erwerben, der Verkäufer sie möglichst über ihren Werth verkaufen möchte. Daher ein derartiger höherer Gewinn des einen den andern noch nicht zur Aufhebung des ganzen Vertrages berechtigen kann. Darauf deuten wiederholt auch schon die Römischen Juristen hin. So Paulus in L. 22. § 3. D. locati (19, 2): — quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere; quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere: ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est; desgleichen Hermogenian in L. 23. D. locati: — et ideo, praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest; endlich Ulpian mit Berufung auf Pomponius in L. 16. § 4. D. de minoribus (4, 4): — Idem Pomponius ait, in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire. Mit nicht viel mehr Glück beruft sich 2) Cujaz auf L. 47. D. de evictionibus (21, 1) [3]). Wenn ich, lehrt hier African, zwei Sclaven jeden zum Preise von 5 kaufe, und einer derselben wird evincirt, so habe

2) Vergl. die oben citirte L. 8. C. de rescindenda.

3) L. 47. D. de evictionibus (21, 1): — si duos servos quinis a te emam, et eorum alter evincatur, nihil dubii fore, quin recte eo nomine ex emto acturus sim, quamvis alter decem dignus sit: nec referre, separatim singulos, an simul utrumque emerim. cf. L. 72. D. eod.

Digitized by Google

ich ſelbſt dann die actio ex emto gegen den Verkäufer, wenn auch der in meinen Händen gebliebene 10 werth iſt, gleichviel, ob ich beide einzeln, oder zuſammen gekauft habe. Cujaz argumentirt nun: aus Afrikan's Ausſpruch ergibt ſich, daß der Kauf zwar noch giltig, obgleich jeder Sclave gerade noch einmal ſo viel werth, als der für ihn gezahlte Kaufpreis, mithin folgt, per argumentum e contrario, daß, wäre der Sclave noch mehr, alſo etwa ſtatt 10, gar 11 werth geweſen, der Kauf ungiltig ſein würde: offenbar war alſo ſchon den claſſiſchen Pandectenjuriſten das Princip des laesio enormis bekannt. Die Richtigkeit dieſer ganzen Schlußfolge kann indeß unmöglich zugegeben werden. Abgeſehen davon, daß das argumentum a contrario ſchon an ſich in den meiſten Fällen ein mißliches Beweismittel, kann hier daſſelbe um ſo weniger etwas ergeben, da die vorliegende Stelle eine Frage behandelt, die mit der laesio enormis in gar keiner näheren oder entfernteren Beziehung ſteht. African will einen leicht möglichen Zweifel beſeitigen, nicht aber den, wie Cujaz irrig annimmt, ob nicht der Klage des Käufers hier entgegengeſetzt werden könne die Einrede der laesio enormis, da der Sclave noch einmal ſo viel werth als das dafür gezahlte Kaufgeld: vielmehr den Zweifel, ob nicht die Klage wegen Eviction wegfalle, wenn zufällig in den Händen des Käufers noch ſo viel vorhanden, als er an Kaufpretium gezahlt, derſelbe alſo keinen Verluſt erlitten zu haben ſcheint. Die Richtigkeit dieſer letzteren Beziehung ergibt ſich von ſelbſt aus den Worten: si alter evincatur — — recte eo nomine (sc. evictionis)

acturus sim. — Gewichtvoller dagegen dürfte für die obige Ansicht eine Aeußerung des Paulus in L. 2. D. depositi (16, 3) sein. In den Endworten der vorangegangenen Stelle wird folgender Fall erwähnt [4]). Der Erbe hat eine in dem Nachlaß vorgefundene Sache, die dem Erblasser, sei es als Depositum oder als Commodat, gegeben worden, in der Meinung, sie sei Eigenthum des Erblassers gewesen, verkauft. Der frühere Eigenthümer fordert nun die Sache vom Erben zurück. Unzweifelhaft ist hier der Erbe zur Herausgabe des empfangenen Kaufgeldes verpflichtet. Bei dieser Gelegenheit fügt aber Paulus a. a. O. hinzu: „quid ergo, si pretium nondum exegit? aut minoris quam debuit vendidit? actiones suas tantummodo praestabit.“ — Also, hat der Erbe die Sache zu wohlfeil verkauft, so soll er seine Klage dem Eigenthümer cediren. Damit ist indirect anerkannt, daß der Erbe selbst, als Verkäufer, eine Klage wegen zu geringen Kaufgeldes gehabt haben würde. Vorausgesetzt nun, daß hier keine Interpolation vorliege (denn möglich wäre es, daß die Worte aut minoris, quam debuit, vendidit, mit Beziehung auf die L. 2. C. de rescindenda venditione von den Compilatoren eingeschaltet worden, wiewohl dann das actiones

4) L. 1. § 47. D depositi (16, 3): — Ulpian — quia autem dolus duntaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam, vel commodatam distraxit, ignarus depositam vel commodatam, an teneatur? Et quia dolo non fecit, non tenebitur de re. An tamen vel de pretio teneatur quod ad eum pervenit? Et verius est, teneri eum, hoc enim ipso dolo fecit, quod id, quod ad se pervenit, non reddit.

Digitized by Google

suas ebenfalls unächt sein müßte), würde allerdings durch diesen Ausspruch des Paulus erwiesen sein, daß schon zur Zeit der classischen Pandectenjuristen die Anfechtbarkeit eines Kaufgeschäftes wegen Verkaufs unter dem Werth unter Umständen statthaft gewesen. So interessant und wichtig es nun auch für die Rechtsgeschichte ist, über diesen Punkt ins Reine zu kommen, so kann demselben doch für die Entscheidung unserer Controverse nicht ein besonderes Gewicht beigelegt werden, wie von Manchen geschehen. Nur dann würde dies der Fall sein, ließe aus den Pandecten oder rechtshistorischen Classikern sich, wenn auch nur ein bestimmtes Beispiel nachweisen, daß man auch dem Käufer das Recht der Anfechtung des Vertrages wegen laesio enormis zugestanden habe. Die genügende Lösung unserer Streitfrage kann demnach nicht in dem älteren Rechte, vor dem Erscheinen der L. 2. und 8. C. de rescindenda venditione gesucht werden. Dagegen wissen wir mit Bestimmtheit, daß Diocletian's und Maximian's Nachfolger die letzterwähnten Constitutionen außer Kraft gesetzt. Es ergiebt sich dies aus mehreren Verordnungen, die uns im Codex Theodosianus erhalten sind. Dahin gehören [5])

1) Eine Verordnung Constantin's v. J. 319: — venditionis atque emtionis fidem, nulla circumscriptionis violentia factam, rumpi minime decet. Nec enim sola pretii vilioris querela contractus sine ulla culpa celebratus litigioso strepitu turbandus est.

5) Vgl. L. 1. 4. 7. C. Th. de contrahenda emtione.

2) Eine Verordnung der Kaiser Gratian, Valentinian und Theodosius v. J. 383: — quisquis maior aetate, atque administrandis familiarum suarum curis idoneus comprobatus praedia, etiam procul sita, distraxerit, etiamsi praedii forte totius quolibet casu minime facta distractio est, repetitionis in reliquum, pretii nomine vilioris, copiam minime consequatur. Neque inanibus immorari sinatur obiectis, ut vires sibimet causetur locorum incognitas, qui familiaris rei scire vires, vel merita atque emolumenta debuerit.

3) Eine Verordnung der Kaiser Arcadius und Honorius v. J. 396: — semel inter personas legitimas initus emti contractus et venditi, ob minorem annumeratam pretii quantitatem nequeat infirmari.

Eine ausdrückliche Aufhebung der L. 2. und 8. C. cit. ist allerdings in diesen Gesetzen nicht ausgesprochen. Man könnte demnach vielleicht geneigt sein, die Sache sich so vorzustellen: durch die angeführten drei Verordnungen sei nur die allgemeine Regel, daß Kaufgeschäfte wegen geringerer Differenzen zwischen Preis und Werth der Sache nicht angefochten werden sollen, aufs neue eingeschärft worden, wobei jedoch die specielleren Bestimmungen der L. 2. und 8. C. cit. als Ausnahmen in Kraft geblieben. Dieser Annahme aber widerspricht 1) der Umstand, daß gerade diese L. 2. und 8. C. in den Codex Theodosianus, der doch eine authentische Sammlung aller noch geltenden kaiserlichen Constitutionen ent-

Digitized by Google

halten sollte, nicht aufgenommen worden. 2) erhält das in diesen drei Verordnungen so wiederholt eingeschärfte Verbot erst seine rechte Bedeutung und Erklärung, beziehen wir dasselbe auf die L. 2. und 8. C. cit., während es sonst als eine überflüssige Wiederholung erscheinen muß. 3) hat Justinian dadurch, daß er diese 3 Constitutionen in seinen Codex nicht aufgenommen, hinlänglich ausgesprochen, daß er deren Inhalt mit dem der L. 2. und 8. C. cit. für unvereinbar halte. So gewiß nun auf der einen Seite vermuthet werden darf, daß Diocletian's und Maximian's Verordnungen über laesio enormis eine Zeit lang außer Kraft getreten, so bestimmt wissen wir, daß sie unter Justinian (ob schon früher, läßt sich nicht ermitteln) wieder aufgelebt. Es ergiebt sich dies theils aus ihrer Aufnahme in den Codex repetitae praelectionis, theils aus der Weglassung der mit ihnen in Widerspruch stehenden Constitutionen des Codex Theodosianus, so weit man bei diesen nicht durch Interpolationen die Antinomie beseitigen konnte oder wollte [6]). So vermag demnach auch hier histori-

---

6) Die zweite nämlich der obigen Verordnungen aus dem Codex Theodosianus findet sich im Codex Iustinianeus, L. 15. C. de rescind. vendit. wieder, allein mit einer, wenngleich unscheinbaren Interpolation, die allen Widerspruch der ursprünglichen Constitution mit der L. 2. C. de rescind. vend. aufhebt. Es heißt nämlich in der ohnehin sehr abgekürzten L. 15. C. de rescind: „paulo vilioris pretii nomine, repetitionis rei venditae copiam minime consequatur", wogegen in der ursprünglichen Verordnung das „paulo" fehlt. Während also nach dieser letzteren der zu geringe Kaufpreis zur Aufhebung des Vertrages gar nicht berechtigen soll, ist nach L. 15. C. I. Aufhebung nur dann untersagt,

sche Forschung über den Umfang und die rechte Bedeutung unserer L. 2. und 8. C. cit. keinen befriedigenden Aufschluß zu geben, der vielmehr nur von einer gründlichen dogmatischen Prüfung ihres Inhaltes sich erwarten läßt.

§ 3.

Prüfung der verschiedenen Ansichten.

Grammatische Interpretation ergiebt folgenden Hauptinhalt der L. 2. und 8. C. de rescindenda venditione. Der Verkäufer eines Grundstücks kann, wenn das Kaufgeld zu gering ist, gegen Rückzahlung desselben, die Rückgabe des verkauften Grundstücks fordern, wenn nicht der Käufer sich bereit findet, das Kaufgeld zu einem iustum pretium zu ergänzen. Zu gering aber ist das Kaufgeld, wenn es nicht einmal die Hälfte des wahren Werthes, den die Sache zur Zeit ihres Verkaufs hatte, betrug. In jedem andern Falle genügt der Vorwand, daß ein Grundstück etwas zu wohlfeil verkauft sei, nicht zur Aufhebung des Kaufvertrages, da es in der Natur des letzteren liegt, daß der Käufer so wohlfeil als möglich zu kaufen, der Verkäufer so theuer als möglich zu verkaufen wünscht, mithin beide Parteien möglichst viel Gewinn mit dem Schaden des Andern zu ziehen streben.

Strenge Diener des Worts geben dem zufolge das Recht wegen etwaniger laesio enormis Aufhebung des

---

wenn der Kaufpreis „etwas" unter dem Werthe: — „paulo vilioris pretii" — ist.

Kaufgeschäfts zu verlangen, nur dem Verkäufer eines fundus, denn nur von diesem reden die Gesetze [7]). Dabei nehmen sie jedoch das Wort nicht gerade in seiner engsten Bedeutung, als „fruchttragendes Grundstück," vielmehr in einem weiteren Sinne, als Repräsentanten des unbeweglichen Vermögens überhaupt, zumal in c. 3. und 6. X. de emtione et venditione (3, 17) die L. 2. C. cit. ausdrücklich auf den Verkauf von Waldungen und Gebäuden angewendet wird. Indeß ist diese Beschränkung jetzt allgemein, und mit Recht, aufgegeben. Die Anfangsworte der L. 2. C. cit. „rem maioris pretii" etc. deuten unzweifelhaft darauf hin, daß der Inhalt des Gesetzes sich auf den Verkauf von Sachen überhaupt, und zwar nicht gerade von besonders werthvollen Sachen allein beziehe, da der Ausdruck maioris pretii in offenbarer Beziehung zu dem nachfolgenden „minoris distraxerit" steht, so daß der Sinn dieser: „wer eine Sache, die mehr werth ist, zu wohlfeil verkauft" [8]) u. s. w.

Andere dagegen beschränken den Anspruch aus einer

---

7) Dieser Ansicht ist unter andern selbst Cujaz in seinen Observationes Lib. XVI. c. 3. a. E.

8) Die Richtigkeit dieser Erklärung findet ihre besondere ausdrückliche Bestätigung in der Art und Weise, in der die Basiliken die L. 2. C. de rescindenda vend. wiedergeben. Hier nämlich wird, ohne alle speciellere Beziehung auf den Verkauf eines Fundus, oder sonst werthvoller Gegenstände die allgemeine Regel dahin ausgesprochen: wer seine Sache zu sehr geringem Preise, d. h. unter der Hälfte ihres Werthes, verkauft hat, kann gegen Rückgabe des empfangenen Geldes, seine Sache zurückfordern. Basilica Lib. XIX. tit. 10. Edit. Fabrot. Tom. II. p. 402.

Digitized by Google

laesio enormis auf die Person des Verkäufers [9]), während die jetzt fast allgemein verbreitete Ansicht ein gleiches Recht dem Käufer zugesteht [10]), ja die laesio enormis als einen allgemeinen Aufhebungsgrund onerοser Verträge überhaupt betrachtet.

---

9) Dahin gehören unter den älteren Rechtslehrern vorzüglich: Cuiacius, Observationes Lib. XVI. c. 18. Ant. Faber de erroribus pragmaticorum Decad. VIII. error. 7. Merille, Variantium ex Cuiacio Lib. II. c. 5. Schifordegher ad Anton Fabrum Lib. III. tract. 13. quaest 5 und 6. Hugo Grotius, Florum sparsio ad ius Iustinian. ad L. 2. C. de rescind. vendit. Unter den Neueren: Madihn, Principia iuris Romani P. II. § 172. Malblanc Principia iuris Romani P. II. Sect. II. § 551. Weber, systematische Entwickelung der Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten § 41. Mueller ad Leyser. Tom. II. Fasc. II. Observ. 425. v. Batz, Abhandlungen über verschiedene Gegenstände des natürl. und posit. Rechts. № 14. Schweppe, das Römische Privatrecht. 4te Aufl. Bd. III. § 444. Puchta Lehrbuch der Pandecten § 349. v. Weissenek im Archiv für civil. Praxis, Bd. IV № 8. v. Löhr Uebersicht der Constitutionen von Constantin I. bis Valentinian III. S. 18.

10) Diese Ansicht findet sich schon in der Glosse ad L. 2. C. de rescind. vend., dann besonders bei Donell Commentar. ad. L. 2. C. de rescind. vend. № 17. Giphanius explanatio difficiliorum et celebriorum legum Codicis ad leg. 2. C. h. t. Wissenbach in libros VII. Codicis commentatio ad leg. 2. C. h. t. Noodt Commentar. ad Dig. tit. de rescindenda venditione (18, 5). Voet Comment. ad Pand. Lib. XVII tit. 5. § 5. Lauterbach Collegium theoret.-pract. Pand. Lib. XVIII tit. 5. § 23. Westphal Lehre vom Kauf § 807. Zirkler Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts Th. II. S. 82. Guenther Principia iuris civilis T. III. § 1936. Thibaut System des Pandecten-Rechts 8te Aufl. Th. I. Bd. III. § 500. Mühlenbruch Lehrbuch des Pandectr. 2te Aufl. B. III. § 406. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch d. g. C. R. 4te Aufl. B. III. Cap. 5. § 259. Mackeldey Lehrbuch des R. R. 10te Aufl. Bd. II. § 373.

Digitized by Google

Vernehmen und prüfen wir die Zeugnisse, die für diese so verschiedenen Ansichten beigebracht werden.

1) Die Gründe für die Beschränkung der L. 2. und 8. C. cit. auf die Person des Verkäufers sind der Hauptsache nach diese:

a) Beide Gesetze Diocletian's wie Maximian's reden ausdrücklich nur von dem Verkäufer; sie sind außerdem

b) aufgenommen in den Titel der rescindenda venditione.

c) Ihr Inhalt ist ein ius singulare: er weicht von den allgemeinen Grundsätzen des Naturrechts (wie des positiven Römischen Rechts) ab, und darf eben deshalb nicht ausgedehnt werden.

d) Die Veranlassung dieser singulären Bestimmung ist darin zu suchen, daß nicht selten der Verkäufer aus Mangel an Geld seine Sache zu jedem Preise hinzugeben genöthigt ist. Gegen solchen Nothverkauf soll derselbe in Schutz genommen werden, wenn er nicht wenigstens die Hälfte des Werthes erhalten. Ein gleicher Nothstand kommt für den Käufer gar nicht, oder doch nicht leicht vor; er kauft aus freiem Entschluß, und so bedarf er eines ähnlichen Schutzes für den Fall zu großer Uebervortheilung nicht, die er mehr oder weniger sich selbst zuzuschreiben hat. Ohnehin stehen ihm mancherlei andere Rechtsmittel zu Gebote.

Selbst die Richtigkeit all dieser einzelnen Argumente zugestanden, fehlt ihnen doch die eigentliche Beweiskraft.

Digitized by Google

Es wird durch keines derselben die Unmöglichkeit der entgegenstehenden Ansicht dargethan, ja zum Theil laufen sie auf eine petitio principii hinaus. Sie sind mehr eine Rechtfertigung, als ein Beweis der ausschließlichen Richtigkeit der Ansicht, zu deren Gunsten sie angeführt werden, wie sich leicht aus folgenden Bemerkungen ergeben wird.

Ad a) Die L. 2. wie L. 8. C. sind Rescripte, Erwiderungen auf einen speciellen, den Kaisern zur Entscheidung vorgelegten Fall. Ist nun gleich wahr, daß die Kaiser darin einen allgemeinen Rechtssatz und zwar zu Gunsten des verletzten Verkäufers aussprechen, so folgt doch daraus an sich noch nicht, daß sie nicht auch dem Käufer in gleichem Falle dasselbe Recht beigelegt haben würden. Alterius positio non est alterius exclusio. Die Fälle, da der Käufer eine Sache um das Doppelte zu hoch bezahlt hat, sind der Natur der Sache nach viel seltener, und daher erklärlich, daß eine besondere Entscheidung hierüber uns in den Rechtsquellen nicht aufbehalten ist. Es beruht demnach die Beweiskraft des in Rede stehenden Argumentes auf der erst noch zu erweisenden Behauptung, daß die Kaiser für den Fall einer laesio enormis auf Seiten des Käufers anders entschieden haben würden, als in der L. 2. und 8. C. cit. zu Gunsten des Verkäufers geschehen.

Ad b) Die Stellung der L. 2. und 8. C. unter den Titel de rescindenda venditione kann nichts erweisen, da es an einem besondern Titel de rescindenda emtione im Codex fehlt, die genannten Verordnungen

Digitized by Google

aber nothwendig in eine Rubrik, in der von Auflösung des Kaufvertrages überhaupt die Rede, aufgenommen werden mußten. Ohnehin wird ja auch von den Gegnern zugestanden, daß L. 2. wie L. 8. C. den Worten nach nur vom Verkäufer handle.

Ad c) Daß die Bestimmung der L. 2. und 8. C. cit. ein nur für den Verkäufer geltendes ius singulare, ist eben der Gegenstand des Beweises, mithin kann dieser Satz nicht zugleich als Argument dienen. Es würde damit als bereits bewiesen voraus gesetzt, was erst bewiesen werden soll. Allein selbst abgesehen hiervon, steht der Richtigkeit der Behauptung, die L. 2. C. weiche von den Vorschriften des Naturrechts ab, sehr dahin. Allerdings wird auch das Naturrecht ein einmal abgeschlossenes Kaufgeschäft für bindend anerkennen müssen, ohne Rücksicht auf geringere Differenzen des Werths der Sache und des dafür gezahlten Kaufgeldes. Ob aber auch, wenn diese Differenz eine ganz unverhältnißmäßig große? Sollte das Naturrecht ungerechte, jedes Maaß überschreitende Uebervortheilung des Einen durch den Andern, wodurch alle Gleichheit aufgehoben, und jedenfalls das Gefühl der Billigkeit verletzt wird, gut heißen müssen? Scheint nicht vielmehr auch das Naturrecht die Feststellung einer Gränze erlaubter Uebervortheilungen fordern zu müssen? Und hier nun dürfte das von dem Römischen Recht in der L. 2. C. angegebene Maaß ganz vernünftig sein. Demnach würde von einem, dem Naturrecht entgegenstehenden ius singulare der L. 2. C. nicht die Rede sein, und damit zugleich die An-

Digitized by Google

wendbarkeit des Satzes [11]): „quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias“ für unsre Streitfrage wegfallen. Wenn dann außerdem das Naturrecht Gleichheit der Rechte beider Contrahenten fordert, so scheint dasselbe eher für, als gegen die Ausdehnung der L. 2. C. in Anspruch genommen werden zu können.

Ad d) Die Behauptung, daß die eigentliche Veranlassung der L. 2. C. cit. in der billigen Rücksicht auf Verkäufe aus Noth liege [12]), ist durchaus willkürlich. Während das Gesetz selbst sich nur im Allgemeinen auf Billigkeit beruft, (humanum est), wird hier die ratio legis ohne Grund specialisirt. Demnach würde eine Anfechtung wegen laesio enormis auch nur bei wirklichem Verkauf aus Noth gestattet werden dürfen. Gleichwohl gibt es eine Reihe von andern Fällen, in denen Billigkeit ebenfalls die Zulassung der Anfechtung zu fordern scheint. So beim Verkauf einer Sache, deren Werth man unverschuldeter Weise nicht gekannt, bei simulirten Kaufgeschäften, bei denen die Simulation sich nicht streng juristisch erweisen läßt, und eben deshalb nur Provocation auf die Billigkeit gegen den Buchstaben des Gesetzes die höhere Ungerechtigkeit abwenden kann u. s. f. Auf Fälle dieser Art würden also die Anhänger jener beschränkenden Ansicht, wollen sie nicht mit der L. 2. C. cit. in Widerspruch treten, deren Ausdehnung zugeben müssen.

---

11) L. 14. D. de legibus.

12) Auf diesen Grund stützt sich z. B. Puchta Lehrb. der Pandecten. § 349.

Digitized by Google

Warum dann nicht auch auf den Käufer, da auch bei diesem ein Nothkauf vorkommen kann, mithin hier dieselbe Billigkeit wie im entgegengesetzten Falle Berücksichtigung erheischt? Kurz, diese letztere Argumentation, weil willkürlicher, erweist in der That noch weniger, als irgend eine der übrigen.

2) Dagegen werden für die Ausdehnung der L. 2. C. auf die Person des Käufers hauptsächlich folgende Gründe geltend gemacht:

a) Die Beschränkung des Gesetzes auf die Person des Verkäufers beruht auf einem unstatthaften argumentum a contrario. Die L. 2. wie L. 8. C. cit. sind Rescripte, Entscheidungen eines einzelnen den Kaisern vorgelegten Falles, die indeß in jedem gleichen Falle als Gesetz zur Anwendung gebracht werden sollen. In solchen Entscheidungen hielten sich die Kaiser in der Regel an das gemeine Recht. Nach diesem aber war beiden Theilen sich gegenseitig zu übervortheilen erlaubt. Setzen nun die Kaiser hierin ein Maaß für die eine Partei fest, so fordert die Gleichheit, daß dieses auch für die andre Partei gelte, ohne daß es gesetzlich ausgesprochen zu werden braucht. So gut also der Verkäufer Aufhebung des Kaufes verlangen kann, sobald die Uebervortheilung, die ihm widerfährt, jenen Grad der Unbilligkeit erreicht hat, den das Gesetz emendirt wissen will, eben so gut der Käufer.

b) Das Gesetz gibt als seinen Grund die Billigkeit an. Diese hat ihren Zweck nicht in einer besonderen Begünstigung des Verkäufers, sondern in der enormen Verletzung. Demnach ist die Wohlthat der L. 2. C. cit.

Digitized by Google

nicht ein privilegium personae, sondern privilegium caussae, und muß also nach der Absicht des Gesetzgebers dem Käufer in gleichem Falle eben so gut wie dem Verkäufer zu statten kommen.

c) Das Kaufgeschäft bezweckt, seiner Natur nach, den beiderseitigen Vortheil: es würde aber eine Aufhebung des Gleichgewichts der gegenseitigen Verhältnisse sein, wollte man dem einen Theile eine Rechtswohlthat angedeihen lassen, die nicht, unter völlig gleichen Umständen, auch dem andern Theile zu statten käme.

d) Nach L. 6. C. soluto matrimonio steht dem Ehemann eine Klage wegen erlittener Läsion bei der aestimatio dotis zu, nun aber ist nach L. 12. § 1. D. de iure dotium der Ehemann als Käufer der das anzusehen, mithin haben wir in L. 6. C. cit. eine ausdrückliche Anerkennung des Rechts des Käufers wegen laesio enormis zu klagen. Eine gleiche Bestätigung enthält

e) die L. 1. § 13. D. si quis in fraudem creditorum.

Im Allgemeinen muß auch von diesen Argumenten behauptet werden, daß sie durchaus nicht alle Bedenklichkeiten beseitigen. Sie haben mehr eine negative, die entgegenstehende Ansicht in Zweifel stellende, als positive Beweiskraft. Zu dem enthalten auch sie zum Theil eine petitio principii. Prüfen wir sie einzeln näher.

Ad a) Das erste derselben hat einen negativen und positiven Bestandtheil. Zunächst nämlich wird die Unhaltbarkeit der entgegenstehenden Ansicht behauptet, weil dieselbe auf einem bei Rescripten durchaus mißlichen

Digitized by Google

argumentum a contrario beruhe. Genau genommen ist dies nicht richtig. Die Gegner behaupten, die L. 2. C. cit. enthalte ein ius singulare, mithin könne der Käufer ein gleiches Vorrecht nur in Anspruch nehmen, sofern sich auch zu seinen Gunsten ein bestimmtes Gesetz nachweisen lasse. Dies aber sei nicht möglich. Sie gründen mithin die Ausschließung des Käufers nicht auf einen logischen Schluß, wie das argumentum e contrario ihn voraussetzt, vielmehr auf den Mangel an einer gesetzlichen Bestimmung, durch welche das Recht des Verkäufers auch auf den Käufer übertragen würde. Der zweite, positive, Bestandtheil der vorliegenden Argumentation beruht auf der Voraussetzung, daß die Kaiser die Absicht gehabt für beide Parteien ein Maaß festzusetzen, wodurch das ihnen sonst zustehende Recht sich gegenseitig beim Kauf und Verkauf zu übervortheilen (in emendo et vendendo concessum est contrahentibus se invicem circumscribere) in feste Schranken zurückgewiesen würde. Ist aber dies nicht eine offenbare petitio principii? Der Beweis dafür, daß die L. 2. C. für den Käufer wie für den Verkäufer gelte, wird geführt durch die Annahme, daß das Gesetz, wenigstens nach der Absicht des Gesetzgebers, auf beide Parteien berechnet sei. Willkürlich unterlegt man dem Gesetz einen selbsterdachten Zweck, während man doch bitter dasselbe Verfahren am Gegner tadelt. Unrichtig ist endlich die Behauptung, daß ganz gleich die Lage des Käufers und des Verkäufers, so daß die den einen betreffende Entscheidung, auch als Entscheidung für den andern zu betrachten. Davon wird noch weiterhin die Rede sein.

Digitized by Google

Ad b) Das Gesetz gibt allerdings die Billigkeit als Grund der Entscheidung, aber gerade des vorliegenden Falles, also der Entscheidung zu Gunsten des Verkäufers an. Darf nun der Richter das, was der Gesetzgeber für ein bestimmtes Verhältniß als billig erklärt, ohne weiteres verallgemeinern? Steht denn in der That mit unwiderleglicher Gewißheit fest, daß der Gesetzgeber in gleicher Weise auch zu Gunsten des Käufers entschieden haben würde? Liegt nicht wenigstens die Möglichkeit vor, daß die Kaiser gerade an den Fall des Nothverkaufs gedacht, daß ihnen mithin die Unbilligkeit nicht sowohl in dem Mißverhältniß des Kaufgeldes zu dem Werthe der Sache im Allgemeinen, vielmehr in der Aufrechterhaltung eines durch Noth dem Verkäufer abgedrungenen Kaufvertrages gelegen? Denn wenngleich auf diese Annahme ein sicherer Beweis für die Beschränkung der L. 2. C. cit. auf die Person des Käufers nicht gestützt werden kann, so zerstört doch dieselbe die mit so vieler Sicherheit ausgesprochene Behauptung, daß die Wohlthat der L. 2. C. unzweifelhaft ein privilegium caussae sei, das als solches auch dem Käufer zugestanden werden müsse.

Ad c) Daraus, daß durch den Kaufvertrag der Vortheil beider Contrahenten auf gleiche Weise bezweckt werde, kann für die in Rede stehende Controverse wenigstens kein haltbares Argument entlehnt werden. Einestheils nämlich liegt in der Behauptung des völligen Gleichgewichts der Verhältnisse des Käufers und des Verkäufers, welches durch die Beschränkung der L. 2. C. cit. auf die Person des letzteren aufgehoben werden soll,

Digitized by Google

wiederum eine petitio principii, da eben zu erweisen ist, daß gerade in diesem Punkte eine Gleichheit beider Parteien stattfinde, anderntheils findet eine solche durchgängige Gleichstellung der Contrahenten durchaus nicht statt. So wird, um nur eins hier zu erwähnen, bei unbestimmter Ausdrucksweise des Vertrages gegen den Verkäufer entschieden, während bei wirklicher Gleichheit derartige Punkte für ganz unverbindlich erklärt werden müßten.

Ad d) Die L. 6. C. soluto matrimonio (5, 18) sagt [13]): wenn ein Ehemann bei Abschätzung der empfangenen dos übervortheilt zu sein behauptet, so soll er, wird seine Beschwerde wahr erfunden, nur das iustum pretium zu restituiren schuldig sein, vorausgesetzt daß die Dotalsachen selbst noch in natura existiren, denn ist dies nicht der Fall, so kommt nur das in dem Dotalinstrument angegebene pretium derselben in Betracht. Durch Verbindung dieses Gesetzes mit L. 12. § 1. D. de iure dotium (noch einleuchtender würde L. 10. § 4. D. de iure dotium gewesen sein) hat man herausgebracht, daß, da der Ehemann als Käufer der dos anzusehen, die L. 6. C. cit. eine unmittelbare Bestätigung dafür enthalte, daß auch dem Käufer eine Klage wegen laesio enormis zustehe. Allein von einem solchen Kla-

13) L. 6. C. soluto matrimonio (5, 18): — — sin autem etiam maritus in aestimatione gravatum se alleget: veritate examinata, non amplius quam pretium iustum restituere compelletur. Haec tum locum habent, cum res in natura sunt, si tamen extinctae sint, pretium, quod dotali instrumento inditum est, considerabitur.

Digitized by Google

gerecht des Ehemanns ist zuförderst in der L. 6. C. cit. nicht die Rede. Eben so wenig stimmt deren sonstiger Inhalt zu dem Inhalt der L. 2. C. de rescindenda venditione, denn nach dieser letzteren hat der Käufer die Wahl, entweder die gekaufte Sache dem Verkäufer zurückzugeben, oder sie gegen Nachzahlung dessen, quod deest iusto pretio, zu behalten. Solches Wahlrecht steht aber dem Ehemann, nach L. 6. C. soluto matrimonio, nicht im entferntesten zu. Er soll, sind die Dotalsachen noch vorhanden, dieselben nicht etwa in natura restituiren gegen Rückempfang des bei Eingehung der Ehe von ihm gezahlten übermäßigen Kaufgeldes (ein solches ist von ihm überhaupt gar nicht entrichtet worden, und schon in so fern paßt die Analogie der L. 2. C. de rescind. vendit. durchaus nicht hieher), vielmehr kann der Ehemann nur eine Verminderung des ungerechten Taxwerthes der Dotalsachen fordern, was natürlich wegfällt, wenn er, wegen Untergang der Sachen, die Unbilligkeit der Taxe nicht mehr erweisen kann. Demnach trägt die L. 6. C. soluto matrimonio zur Entscheidung unsrer Controverse nicht das Entfernteste bei. Dasselbe gilt von der namentlich von älteren Juristen [14])

ad e) angeführten L. 1. § 13. D. si quid in fraudem patroni factum sit — Ulpian: — Sed si emerit in fraudem patroni libertus, aeque dicendum, si magno emit, in pretio relevan-

14) So Dionysius Gothofredus in notis ad h. l. Desgleichen Robert Animadversiones Lib. II. c. 13 und 14.

dum patronum, conditione non ipsi delata, an velit ab emtione recedere, sed venditori, utrum malit de pretio remittere, an potius rem, quam vendidit, recipere persoluto pretio. Et in permutatione, et in locatione et conductione similiter id observabimus.

Scheinbar wird hierin ausdrücklich die Anfechtbarkeit des Kaufgeschäfts, auch wenn der Käufer die Sache zu theuer bezahlt, und noch dazu unter der analogen Bestimmung anerkannt, daß es in der Wahl des Verkäufers stehe, entweder den Kauf aufzuheben oder verhältnißmäßig von dem verabredeten Kaufpreise nachzulassen. Ja es wird eben so bestimmt dasselbe für den Tausch und die Miethe behauptet, und damit, dem Anschein nach, aller Zweifel an der Ausdehnung der L. 2. C. de rescindenda venditione auf die letztgenannten Rechtsgeschäfte gehoben. Allein nähere Betrachtung zeigt die völlige Grundlosigkeit dieses Arguments. Die L. 1. § 13. D. cit. redet von einem wesentlich andern Fall, von dem Recht des Patrons, Veräußerungen die sein Libertus in fraudem patroni vorgenommen, mit der actio Faviana oder Calvisiana zu widerrufen. Der Grund der Anfechtbarkeit des von dem libertus abgeschlossenen Kaufgeschäftes, sei es nun, daß derselbe eine ihm gehörige Sache zu wohlfeil verkauft, oder eine fremde zu theuer erstanden habe, liegt also nicht in der L. 2. C. de rescindenda venditione, vielmehr in dem verletzten Interesse des Patrons. Daher kann nur dieser, nicht aber der libertus als Käufer oder Verkäufer klagen, und zwar auch der Patron nicht etwa mit der

Digitized by Google

actio emti, oder dem von Manchen s. g. remedium ex L. 2. C. de rescindenda venditione, vielmehr mit der actio Faviana. Es ist also auch diese Stelle für die Entscheidung unserer Controverse ohne den geringsten Einfluß.

Aus dem Bisherigen dürfte sich ergeben, daß auch die für die Ausdehnung der L. 2. C. de rescind. vendit. angeführten Gründe nicht die unbedingte Beweiskraft haben, die von ihren Urhebern behauptet wird. Um so weniger kann daher die auf diese Argumente gestützte Entscheidung der Praxis als eine definitive alle weitere Forschungen ausschließende betrachtet werden. Sind aber die Acten über die vorliegende Streitfrage noch nicht geschlossen, so wird auch einer wiederholten Vertheidigung der älteren Ansicht, zumal mit neuen Gründen, rechtliches Verhör nicht versagt werden können.

§ 4.

Ansicht des Verfassers.

Das wesentlich characteristische Merkmal des Kaufs, wodurch derselbe von andern, zum Theil nahe verwandten Rechtsgeschäften, z. B. vom Tausch, Schenkung, Miethe u. s. f. sich unterscheidet, ist das pretium [15]). Soll also von einem Kaufgeschäft die Rede sein, so muß vor

15) L. 72. D. de contrah. emt. (18, 1): — emtionis substantia consistit ex pretio. L. 2. § 1. D. eod. — sine pretio nulla venditio est. § 1. I. de emtione (3, 24): — pretium autem constitui oportet: nam nulla emtio sine pretio esse potest. L. 9. C. de contrah. emt. (4, 38): — emti fides ac venditi sine quantitate nulla est.

Digitized by Google

Allem die Existenz eines pretii außer Zweifel gestellt werden. Dies aber kann unter Umständen schwierig sein, theils wegen der Natur des Preises und der Relativität des Verhältnisses zwischen demselben und dem Werth der Waare, theils und hauptsächlich wegen der häufig vorkommenden gemischten Rechtsgeschäfte, bei denen schwer zu ermitteln, ob sie Kauf oder Tausch oder Schenkung u. s. f., so wie ob das von der einen Partei Geleistete als ein wirkliches pretium, oder als ein nur den Tausch ergänzendes Aequivalent anzusehen sei. Offenbar bedarf hier der Richter für den Fall, daß die Parteien selbst über den rechtlichen Character des von ihnen abgeschlossenen Rechtsgeschäfts streiten, eines gesetzlichen Anhaltpunktes. Er vermag aber die Absicht der Parteien nur aus dem, was von ihnen verabredet ist, zu ermitteln. Für den Richter ist demnach die Frage die, ob nach dem Inhalt des Vertrages rechtlich dieses oder jenes Rechtsgeschäft, z. B. also ein Kauf oder ein Tausch oder etwa Schenkung anzunehmen. Die Entscheidung dieser Frage knüpft sich daran, ob ein pretium vorhanden oder nicht. Hierfür nun stellt das Gesetz eine Gränze, als Anhaltpunkt für die richterliche Entscheidung auf. Beträgt das Gezahlte weniger als die Hälfte des Werths der Waare, so soll es rechtlich nicht als pretium betrachtet, mithin das unter solchen Bedingungen abgeschlossene Kaufgeschäft vom Richter als solches für unverbindlich erklärt werden: es gebricht demselben dann an einem wesentlichen Requisit. Indeß wird dieses Hinderniß beseitigt, sobald der Käufer sich willig erklärt, das bereits Gezahlte zu einem iustum pretium

Digitized by Google

zu ergänzen, und damit fällt dann nothwendig die frühere Ungiltigkeit des Vertrags weg. Dies ist der Sinn der L. 2. C. de rescindenda venditione.

Beleuchten wir nun etwas näher die Bedenken, die gegen diese Erklärung erhoben werden dürften. Man wird zuförderst erinnern, daß der L. 2. C. de rescindenda venditione eine willkürlich ersonnene ratio legis untergelegt werde, die noch dazu mit den Worten des Gesetzes in Widerspruch stehe. Denn während dieses letztere ausdrücklich die Billigkeit als Grund angebe, werde durch die obige Erklärung die Bestimmung der L. 2. C. cit. auf ein streng juristisches Princip zurückgeführt, daß nämlich, wo kein pretium, auch kein Kauf anzunehmen sei. Beide Einwendungen dürfte indeß folgende Betrachtung beseitigen. Das Gesetz bestimmt den Begriff eines minus pretium, also eines pretium, das, eben weil es zu gering, nicht mehr als ein pretium angesehen werden soll: „Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit", — und zugleich, daß der Richter in solchem Falle auf Antrag der Parteien das Kaufgeschäft für nichtig erkläre. Zweck des Gesetzes ist demnach, durch die Bestimmung der Gränze eines rechtlich möglichen pretium die Ungewißheit über den Character eines vorliegenden Rechtsgeschäfts und damit zugleich den Uebelstand zu beseitigen, daß Verträge unter der Firma eines Kaufes aufrecht erhalten werden, deren Inhalt es deutlich an der Stirn trägt, daß die Parteien oder doch der Verkäufer ein Kaufgeschäft, sei es gar nicht, sei es nicht aus freiem Antriebe und ernstlich, bezweckten. Der Grund aber dieser Bestim-

Digitized by Google

nung (nicht wie man in der Regel annimmt die unmittelbare ratio legis) ist, wie das Gesetz selbst andeutet, die Billigkeit, da namentlich bei simulirten Geschäften der Beweis der Simulation nicht selten schwer zu führen ist, und es gleichwohl hart sein würde, den dadurch Uebervortheilten ganz ohne Schutz zu lassen. Um jedoch sonst leicht mögliche richterliche Willkür abzuschneiden, wird jene Billigkeitsrücksicht auf ein bestimmtes Princip zurückgeführt, wodurch dieselbe zugleich wie ihre Gränze so ihre juristische Rechtfertigung erhält.

2) Ein anderer Einwand dürfte der sein, daß nach der obigen Erklärung der L. 2. C. cit. das Kaufgeschäft, bei dem ein solches minus pretium vorhanden, ipso iure nichtig sein würde, während das Gesetz dem Verkäufer nur das Recht beilege, auf dessen Aufhebung zu klagen. An und für sich also sei es rechtsbeständig. Indeß scheint dies nur so. Allerdings ist der Richter nicht befugt, wo er von der Existenz eines solchen Kaufgeschäftes hört, eigenwillig einzuschreiten. Er muß annehmen, daß, so lange der Verkäufer selbst nicht klagt, das abgeschlossene Geschäft, nach der Absicht der Parteien wenigstens, als theilweise donatio gelte. Erst die Klage des Verkäufers würde diese Präsumtion zerstören. Jedenfalls aber würde der Richter jede andere aus solchem vermeintlichen Kaufgeschäfte angestellte Klage, z. B. Evictionsklage, actio redhibitoria u. s. f., selbst wenn der Verkäufer sich auf dieselbe einlassen wollte, abweisen müssen, da rechtlich ein Kaufgeschäft nicht existirt, dem es an dem wesentlichen Requisite eines pretium fehlt. Zwar scheint damit folgender Ausspruch Ulpian's in

Widerspruch zu stehen [16]): „si quis donationis caussa minoris vendidit, venditio valet. Totiens enim dicimus, in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis caussae facta est: quotiens vero viliore pretio res donationis caussa distrahitur, dubium non est, venditionem valere.“ Allein ob im speciellen Falle ein abgeschlossenes Rechtsgeschäft unter das „universa venditio donationis caussa facta est“ oder das „viliore pretio donationis caussa distrahitur“ falle, wird der Richter im Zweifel nur aus dem Verhältniß des verabredeten pretii zu dem Werth der Sache entnehmen können, und hier bietet ihm die L. 2. C. cit. die feste Gränze. Bleibt das pretium unter der Hälfte des Werthes, so muß er auf einen „donationis caussa venditionis simulatus contractus“ schließen, der nach L. 3. C. de contrah. emtione [17]) nichtig ist. Somit ist der obige Ausspruch Ulpian's erst durch die L. 2. C. cit. auf ein für die Anwendung überall sicheres Princip zurückgeführt.

Dagegen scheint für unsere Erklärung der L. 2. C. cit. Folgendes zu sprechen:

1) Der Käufer kann nach den Worten der L. 2. C. cit. der Zurückgabe der Sache dadurch entgehen, daß er sich erbietet nachzuzahlen, „quod deest iusto pretio“.

---

16) L. 38. D. de contrah. emt. (18, 1).

17) L. 3. C. de contrah. emt. (4, 38): — si donationis caussa venditionis simulatus contractus est emtio (in) sui deficit substantia. L. 18. D. de donationibus (39, 5): — Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est; et ita et Pomponius eum existimare refert.

Digitized by Google

Hierunter verſteht man jetzt allgemein, und mit Recht, die Ergänzung des wahren Werthes, den die Sache zur Zeit des abgeſchloſſenen Vertrags gehabt. Warum aber gerade dieſen? Läge, wie die gewöhnliche Erklärung annimmt, der Zweck der L. 2. C. cit. darin, aus Billigkeitsrückſichten das zu große Mißverhältniß des Werthes der Sache und des dafür gezahlten Kaufpreiſes zu verhindern, ſo würde ſtreng genommen der Käufer, ſobald er jene geſetzlich feſtgeſtellte äußerſte Gränze vermeidet, den Verkäufer klaglos ſtellen, d. h. ſobald er ihm nur ſo viel nachzahlt, daß das pretium nicht mehr weniger als die Hälfte des Werthes beträgt. [18]) Dem Geſetz wäre dann immerhin genügt, und ſomit erſcheint die Beſtimmung deſſelben, daß das iustum pretium, quod fuerat tempore venditionis ergänzt werden müſſe, als eine willkürliche Beſtimmung. Nicht ſo nach unſerer Erklärung. Beträgt das verabredete oder auch bereits gezahlte pretium unter der Hälfte des Werthes, ſo iſt juriſtiſch gar kein pretium vorhanden. Nicht alſo durch Ergänzung eines bereits beſtehenden, ſondern erſt durch Zahlung eines pretii überhaupt kann hier der Käufer den Verkäufer klaglos ſtellen, indem dadurch das juriſtiſch noch nicht vorhandene Kaufgeſchäft zu einem ſolchen erhoben wird. Das Geſetz aber, wo es die Umwand-

18) Dies iſt auch in der That von vielen als geltendes Recht angenommen worden, z. B. von Connanus Commentar. iur. civ. Lib. VII. c. 9. Zoesius Commentar. ad Pandect. tit. de rescindenda vendit. § 29. Wesenbec Comment. ad Pand. tit. de rescind. vend. № 6.

lung eines anderen Vertrages in einen Kaufvertrag vornimmt, gewissermaßen also selbst den Kauf erschafft, kann auf das „licet se invicem circumvenire", auf die kleinlichen Sorgen des Profits, nicht Rücksicht nehmen, es muß das iustum pretium verlangen.

2) Läge der L. 2. C. cit. lediglich jene Billigkeitsrücksicht zu Grunde, so scheint es kaum erklärlich, wie Diocletian's und Maximian's Nachfolger das Gesetz aufheben, und durch Vernichtung jeder Gränze Betrug und Uebervortheilung gewissermaßen legalisiren konnten. Wohl aber erklärt sich dies genügend aus unserem Gesichtspunkt. Entweder nämlich verkannten sie (wie so Viele) den eigentlichen Zweck der L. 2. C. cit., indem sie darin nur eine ungerechte Beschränkung der Freiheit der Paciscenten, eine Inconsequenz und einen Widerspruch gegen den allgemeinen Grundsatz „volenti non fit iniuria" erblickten: oder sie glaubten es richtiger der Einsicht des Richters überlassen zu müssen, ob in einem einzelnen Falle ein Rechtsgeschäft als ein Kauf, mithin das gezahlte pretium als ein wirkliches pretium gelten könne, ohne gerade gesetzlich ein minimum desselben vorzuschreiben. Sehr erklärlich aber ist dann, daß Justinian zu der L. 2. C. de rescind. zurückkehrte, sei es, daß er den von Diocletian's Nachfolgern verkannten Gesichtspunkt des Gesetzes richtiger erfaßte, sei es, daß er es bedenklich hielt, in einer geistig so tief gesunkenen Zeit dem Richter einen besondern Grad von juristischer Einsicht und Schärfe zuzutrauen.

3) Nach unserer Erklärung der L. 2. C. cit. fällt deren Widerspruch mit dem so oft von den Römi-

Digitized by Google

schen Juristen ausgesprochenen Grundsatze: „in emtionibus et venditionibus naturaliter licere contrahentibus se circumvenire“ weg. Allerdings steht es den Parteien frei, sich einander zu übervortheilen, allein es giebt eine Gränze, wo das verabredete pretium aufhört ein pretium, der Vertrag also ein Kaufgeschäft zu sein.

Ist nun aber der Zweck der L. 2. C. de rescind. vendit. dieser, durch Feststellung der Gränze wie des Begriffs eines pretium die Zweifel über die Existenz eines Kaufgeschäftes zu beseitigen, so ergibt sich

1) auf die Person des Käufers kann die L. 2. C. keine Anwendung finden, da, mag derselbe ein noch so hohes pretium gezahlt haben, ein Zweifel darüber, ob ein pretium, mithin überhaupt ein Kaufgeschäft rechtlich vorhanden, vernünftiger Weise nicht existiren kann;

2) eben so wenig kann von einer Ausdehnung der L. 2. C. cit. auf andre oneroſe Verträge, als Tausch, Miethe u. s. f. die Rede sein, da hier kein pretium vorkommt, mithin der eigenthümliche Zweck des Gesetzes keine Anwendung leidet;

3) die Bedingungen, an die man in der Regel die Statthaftigkeit der Klage wegen s. g. laesio enormis knüpft, z. B. Unbekanntschaft mit dem Werthe der Sache u. s. f. sind zum Theil ungegründet.

Zu diesen drei Hauptsätzen füge ich im Einzelnen noch folgende Bemerkungen hinzu.

Ad 1) Wenn ich die Ausdehnbarkeit der L. 2. und 8. C. cit. auf die Person des Käufers in Abrede stelle, so geschieht dies, wie aus obigem erhellt, nicht etwa,

weil jene Gesetze eben so wie die betreffenden Verordnungen der Päbste nur von dem Verkäufer reden, noch weil die in diesen Gesetzen enthaltene Bestimmung ein ius singulare und als solches nicht extensiv erklärt werden dürfe, noch endlich weil nach einer willkürlich angenommenen ratio legis der Verkäufer, der nicht selten aus Noth sein Eigenthum verschleudre, mehr der Begünstigung und des Schutzes der Gesetze bedürfe, als der Käufer; — sondern weil ich die Anwendung der L. 2. C. cit. auf den Käufer für juristisch undenkbar halte. Mag der Käufer die Sache noch so theuer, ja selbst über das Zwei- und Dreifache ihres Werthes bezahlt haben, so ist doch das von ihm Gezahlte immer ein pretium, mithin das wesentlichste Requisit eines Kaufgeschäftes vorhanden. Das Gesetz hat zwar den Begriff eines minus pretium, als eines solchen, das eben seiner Geringfügigkeit wegen juristisch nicht als pretium gelten soll, festgestellt, nicht aber den eines plus pretium, wenn man so sagen darf, das seiner Höhe wegen nicht als pretium angesehen werden dürfte. Zwar wird man von dem Standpunkte s. g. Billigkeit aus einwenden, daß die bei allen bonae fidei negotiis erforderliche Gleichheit der Parteien vor dem Gesetz eine analoge Anwendung der L. 2., mithin Annahme eines solchen plus pretium erfordere, damit der Käufer nicht auf ungerechte Weise nachgesetzt erscheine. Das letztere aber ist in der That gar nicht der Fall. Erwägen wir nur die Gründe, die den Käufer veranlaßt haben können, eine Sache weit über ihren Werth zu bezahlen. Sie werden liegen in einem Irrthum über den Werth der Sache überhaupt,

Digitized by Google

in einem Betruge des Verkäufers, versteckter Fehlerhaftigkeit und Schlechtigkeit der Waare u. s. f. In all diesen Fällen stehen dem Käufer schon andre Rechtsmittel zu Gebot: die allgemeinen Restitutionen propter errorem, propter dolum, propter metum, die actio redhibitoria, actio quanti minoris u. s. f., so daß es einer Ausdehnung der L. 2. C. cit. auf den Käufer in der That gar nicht bedarf, ohne dadurch denselben gegen den Verkäufer in Nachtheil zu stellen.

Ad 2) Es ist schon oben erwähnt worden, daß von der Mehrzahl unserer Rechtslehrer die Bestimmung der L. 2. C. verallgemeinert, und auf onerose Verträge überhaupt angewendet wird, von den Einen ausdrücklich, von den Andern stillschweigend, indem sie die laesio enormis in dem allgemeinen Theil des Obligationenrechts abhandeln [19]). Nur von Wenigen wird diese Ansicht, die übrigens in der Praxis die vorherrschende ist, verworfen. Es beruht dieselbe auf der Voraussetzung, daß die L. 2. C. de rescind. vendit. nicht eine Singularität, vielmehr nur Anwendung eines allgemeinen Princips, auf die Person des Verkäufers sei, eines Princips das man wohl dahin aufzustellen pflegt: wer an Werth mehr als noch einmal so viel empfängt, als er weggeben, der hat den andern enorm lädirt. Der Verletzte ist in solchem Fall berechtigt, Aufhebung des ganzen Rechtsgeschäfts zu verlangen. Allein daß wirklich dieser allgemeine Grundsatz

19) So Thibaut System des Pandectenrechts. 8te Aufl. § 500 ff. Schweppe das Römische Privatrecht. 4te Aufl. Thl. III. § 444.

Digitized by Google

im Römischen Recht begründet sei, steht annoch zu beweisen. Weder wird derselbe ausdrücklich irgendwo ausgesprochen, noch finden wir in Entscheidungen einzelner Fälle (mit Ausnahme der L. 2. und 8. C. de rescind. vendit.) eine indirecte Anerkennung desselben. Demnach muß der Schluß von einem so durchaus unerwiesenen Princip auf die einzelnen dem Kauf verwandten Rechtsgeschäfte als eine reine petitio principii verworfen werden. Dagegen ergibt sich aus dem oben aufgestellten Gesichtspunkte, daß von einer Anwendung der L. 2. C. cit.

a) zuförderst auf den Tausch nicht die Rede sein könne; denn bei diesem kommt ein pretium nicht vor: es wird Sache gegen Sache gegeben. Zwar kann unzweifelhaft auch beim Tausch der eine Contrahent weniger als die Hälfte von dem erhalten, was er gegeben. Allein nicht die Verhinderung zu großer Ungleichheit des Gewinns auf der einen, des Verlustes auf der andern Seite, ist der Zweck der L. 2. C. cit.; vielmehr Beseitigung des etwaigen Zweifels, ob eine gezahlte Summe ein Kaufpretium, mithin das abgeschlossene Rechtsgeschäft nach den Regeln des Kaufvertrages zu beurtheilen sei, oder nicht. Aus eben denselben Gründen kann

b) auf den Vergleich die L. 2. C. cit. nicht ausgedehnt werden. Zwar ist, das Gesetz aus dem gewöhnlichen Gesichtspunkt betrachtet, die Sache streitig.[20]) Einige argumentiren, die L. 2. C. cit. gestattet Anfech-

20) Die Literatur hierüber siehe bei Glück, Commentar Th. V. § 356. S. 89 und 90.

tung aller Verträge wegen laesio enormis, also auch des Vergleichs, der eine species des Vertrages; Andre entgegnen, der Vergleich ist zwar ein Vertrag, aber über einen ungewissen Gegenstand, und eben deshalb ist die L. 2. C. de rescind. vendit. auf ihn nicht anwendbar, wofür außerdem theils noch L. 78. § ult. D. ad Sct. Trebell., theils der Umstand spricht, daß der Vergleich, nach L. 20. C. de transactionibus, so unumstößlich wie ein rechtskräftiges Urtheil ist. Noch andere endlich unterscheiden eine laesio enormis und enormissima, und lassen nur im letztern Falle die Anfechtung eines Vergleiches zu. Eben so Thibaut [21]) da, wo die Ungewißheit des Gegenstandes des Vergleiches gar keinen Einfluß auf die Ansprüche wegen einer Verletzung haben kann. Indeß verschwindet nach unserm Gesichtspunkt jeder Zweifel, da es beim Vergleich sich nicht um die Existenz oder Nichtexistenz eines pretium, und folgeweise eines Kaufgeschäftes handelt. Ueberdies scheint schon die Natur des Vergleiches als eines Verzichts der Anfechtbarkeit wegen laesio enormis entgegenzustehen. Zweifelhafter dagegen könnte es sein

c) bei Miethverträgen. Hier nämlich findet eine, dem pretium bei Kaufgeschäften analoge Geldzahlung, merces, statt. Ausdrücklich wird von den Römischen Juristen die Verwandtschaft wie des Kauf- und des Miethgeldes, so beider Verträge überhaupt, hervorgehoben, und namentlich der Grundsatz: „licet se in-

21) Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. Th. II. Abhdlg. 11. S. 249 ff.

vicem circumvenire“ auch auf die Miethe angewendet. „Quemadmodum in emendo et vendendo, lehrt Paulus [22]), naturaliter concessum est, quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita se invicem circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.“ Das Miethgeld soll also ganz nach den für das pretium beim Kaufe geltenden Rechtsgrundsätzen beurtheilt werden. Dazu kommt, daß auch der Miethvertrag zuweilen nur ein Scheingeschäft, daher das Gesetz auch hier erfordert, daß das gezahlte Geld ein wirkliches Miethgeld sei [23]), aus dem auf einen ernstlich gemeinten Miethvertrag geschlossen werden könne. Das Bedürfniß einer gesetzlich festgestellten Gränze, von wo ab eine Zahlung juristisch noch als Miethgeld, der Vertrag mithin als Miethvertrag angesehen werden könne, scheint demnach die analoge Anwendung der L. 2. C. de rescind. vendit. durchaus zu rechtfertigen. Allein 1) bei aller Verwandt-

22) L. 22. § 3. D. locati (19, 2).

23) L. 46. D. eod. — Ulpian: — si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit. — L. 52. pr. D. de donat. int. vir. et uxor. (24, 1) — Papinian: — si vir uxori donationis caussa vilius locaverit, locatio nulla est: cum autem depositum inter eas personas minoris donationis caussa aestimatur, depositum est. Haec ideo tam varie, quia locatio quidem sine mercede certa contrahi non potest, depositum autem et citra aestimationem quoque dari potest. — L. 10. § 2. D. de adquir. possessione (41, 2) — Ulpian: — si quis et conduxerit et rogaverit precario, uti possideret: si quidem nummo uno conduxit, nulla dubitatio est, quin ei precarium solum teneat, quia conductio nulla est, quae est in uno nummo: sin vero pretio, tunc distinguendum, quid prius factum est.

Digitized by Google

schaft des Kaufs und der Miethe in vielen Punkten, findet doch in dem Grundcharacter beider eine Verschiedenheit statt, wodurch die analoge Anwendung der L. 2. C. cit. bedenklich wird. Durch den Kauf geht Eigenthum, durch die Miethe nur das Gebrauchsrecht über. Die besondere Sorgfalt, mit der das Römische Recht über die Heiligkeit des Eigenthums wacht, läßt nun schon im Allgemeinen erwarten, daß es sich eher des Verkäufers, als des Vermiethers annehmen werde. Wenigstens folgt daraus, daß das Gesetz durch eine specielle Vorschrift den Verkäufer gegen den Verlust seines Eigenthums sicher stellt, noch nicht, daß es auch den Vermiether gegen die, doch immer nur vorübergehende Entziehung seines Gebrauchsrechts, bei zu geringer Gegenleistung, in Schutz nehmen müsse. Die ratio der L. 2. C. cit. zu verhindern, daß nicht durch bloße Scheinverkäufe dem Eigenthümer sein Eigenthum entzogen werde, paßt aber auf das Miethverhältniß nicht, das ohnehin durch Kündigung rückgängig gemacht werden kann, während der einmal abgeschlossene Kaufvertrag unwiderruflich wirkt. Es ist aber außerdem 2) die Gränzlinie, welche die L. 2. C. cit. für den Begriff eines verum pretium festsetzt, kaum auf das Miethgeld anwendbar. Bei jenem nämlich wird zu Grunde gelegt der Sachwerth, dieser läßt sich allenfalls mit Bestimmtheit ermitteln. Nicht so der Gebrauchswerth, der ungleich mehr relativ ist, und zwar sowohl bei einem praedium rusticum (dem hier hängt er ab von dem wirklichen Fruchtertrage, der ein ungewisser, daher der Pacht, als Fruchtverkauf eine emtio rei speratae ist, bei der die laesio

enormis anerkannter Maßen nicht berücksichtigt wird); als bei dem praedium urbanum. Hier nämlich ist immer nur eine Möglichkeit, die Sache theurer zu vermiethen, z. B. für 200 statt für 80, vorhanden, der aber die andre Möglichkeit gegenüber steht, daß man, hätte man nicht wohlfeil vermiethet, vielleicht gar keinen Miether gefunden hätte. Das praedium urbanum ist, wie das Geld, eine res sterilis, und bringt nur fructus civiles. So wenig nun, wer sein Geld zu 2 pCt. ausleiht laesio enormis vorgeben kann weil er es vielleicht zu 6 pCt. untergebracht haben würde, eben so wenig der Vermiether. Wann also soll hier die Existenz einer s. g. laesio enormis angenommen werden, wo aller Maßstab schwankend ist. Endlich aber 3) haben wir ein ausdrückliches wichtiges Zeugniß, daß der Miethvertrag wegen zu geringen Miethgeldes nicht angefochten werden darf. „Praetextu minoris pensionis locatione facta, lehrt Hermogenian [24]), si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest". Hermogenian aber lebte erst nach Diocletian und Maximian, zu einer Zeit also, da die L. 2. C. cit. bereits erlassen war. Zwar wendet man ein, das Gesetz sei unter Diocletian's Nachfolgern wieder aufgehoben und dadurch Hermogenian's Ausspruch erklärbar. Wie aber hätte Justinian, der doch die L. 2. C. cit. wieder in Kraft treten ließ, jene Aeußerung Hermogenian's in sein Gesetzbuch aufnehmen können, hätte er

24) L. 23. D. locati (19, 2).

nicht dessen Ansicht getheilt, daß auf das Miethverhältniß die L. 2. C. de rescind. vendit. keine Anwendung leide. Eben dies bestätigt eine, gleichfalls von Justinian in die Pandecten recipirte [25]) Entscheidung Ulpian's, daß selbst die Gläubiger nicht berechtigt seien die von dem Gemeinschuldner geschehene Verpachtung seines Grundstücks anzugreifen, wenn auch das Pachtgeld zu gering gestellt sei, vorausgesetzt, daß es nicht absichtlich in fraudem creditorum geschehen. In diesem letztern Falle würde übrigens die Anfechtung des Pachtvertrages nicht mit dem Rechtsmittel aus der L. 2. C. de rescind. vendit., vielmehr mit der actio Pauliana erfolgen müssen.

Ad 3) Die Statthaftigkeit der Anfechtung eines Kaufvertrages wegen laesio enormis wird von den Meisten einer Reihe von Modificationen unterworfen, die, weil sie hervorgegangen sind aus einer irrigen Ansicht über die L. 2. C. de rescind. vendit., nicht zu billigen sein dürften. Ein vollständiges Verzeichniß derselben findet sich bei Glück: Commentar Th. XVII. § 1030 S. 79 u. ff. Ich beschränke mich hier billig darauf, die bedenklicheren und wichtigeren unter diesen Modificationen hervorzuheben. Es soll nämlich die Anfechtung wegen laesio enormis wegfallen.

---

25) L. 8. § 1. D. de rebus auctoritate iudicis (42, 5) — Ulpian: — si tam a debitore vel locatus erat, vel venierat, servabit Praetor venditionem et locationem a debitore factam, et si minoris distractum est vel locatum: nisi si in fraudem creditorum hoc fiat: tunc enim Praetor arbitrium dat creditoribus ut ex integro locationem vel venditionem faciant.

Digitized by Google

a) Wenn der Verkäufer wußte, daß er die Sache zu wohlfeil weggab. So lehren unter den älteren Juristen Bachov [26]), Westenberg [27]) und Voet [28]), unter den neueren besonders Thibaut [29]), Mühlenbruch [30]), Schweppe [31]) und Glück [32]), indem sie theils einen stillschweigenden Verzicht, theils eine präsumtive Schenkung annehmen, theils auch wohl sich auf die L. 12. C. de reseind. vendit. berufen. Es scheinen indeß die beiden ersteren allgemeinen Gründe von nicht besonderem Gewicht. Die Beweiskraft beider beruht auf der immer mißlichen Annahme stillschweigender Willenserklärungen, die man nur dann anerkennen sollte, wenn eine vorliegende Handlung sich vernünftiger Weise schlechterdings nur aus der supponirten Absicht erklären läßt. Dies aber ist weder hier noch dort der Fall. Wer, den höheren Werth seiner Sache wohl kennend, dieselbe gleichwohl unter der Hälfte dieses Werthes hingibt, kann wenigstens möglicher Weise durch drin-

---

26) Bachov, Notae et Animadversiones ad Treutlerum. Vol. II. th. 10.

27) Westenberg, Principia iuris Romani Lib. XVIII. tit. 5. § 15.

28) Voet, Commentarius ad Pandectas. Lib. XVIII. tit. 5. § 17.

29) Thibaut, System des Pandectenrechts. 8te Auflage. § 503.

30) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandectenrechts. 2te Aufl. Th. II. § 406. a E.

31) Schweppe, das Römische Privatrecht. 4te Aufl. Th. III. § 444.

32) Glück Commentar. Th. XVII. § 1030. S. 81.

Digitized by Google

gende Geldnoth dazu veranlaßt sein. Hat er dadurch auf jenen höheren Werth verzichten, oder wohl gar dem Käufer ein Geschenk damit machen wollen? Gewiß das eine so wenig als das andre. Und verschwindet nicht nothwendig diese Präsumtion, — denn mehr als solche kann doch wohl der Verkauf der Sache unter ihrem Werthe an sich nicht erzeugen, — wenn hinterher der Verkäufer wegen laesio enormis klagt? Unterläßt er dies, so kann dies freilich die Folge wirklichen Verzichtes, wie beabsichtigter Schenkung sein, nur daß dann Verzicht wie Schenkung aus dem weiteren Erfolge, nicht aus der nackten Thatsache des Verkaufes unter dem Werthe hergeleitet werden muß. Eben so wenig beweisend für die obige Modification ist die L. 12. C. de rescind. vendit. „— non idcirco minus venditio fundi, quod hunc ad munus sumtibus necessariis urgentibus, non viliore pretio, vel urgente debito, te distraxisse contendis, rata manere debet"; also, der Verkauf eines Grundstücks ist deshalb noch nicht ungültig, weil du behauptest, du habest ihn nicht gerade für einen zu geringen Preis, so doch veräußern müssen, weil nothwendige Ausgaben bei Uebernahme eines Amtes, oder Schulden dich drängten. Cujaz [33]) streicht nämlich das non vor viliore pretio weg, und erhält somit den Sinn: die Veräußerung ist deshalb noch nicht ungültig, wenn man aus Noth die Sache zu wohlfeil verkauft hat, und supponirt dann weiter, der Grund der Aufrechterhaltung

33) Cuiacii Commentar. ad Lib. IV. tit. 44. Codicis. Iustinianei, in eiusdem opp. Tom. II. p. 277.

Digitized by Google

des Kaufgeschäfts im vorliegenden Gesetze sei der, daß der Verkäufer den Werth der Sache gekannt habe. Allein bei so willkürlicher Behandlung der Quellen läßt sich freilich auch beweisen, daß schwarz weiß sei. Cujaz übersieht offenbar den Zweifel, der durch die L. 12. C. cit. beseitigt werden soll, nicht etwa das Bedenken, ob laesio enormis anzunehmen, wenn der Verkäufer aus Noth die Sache wissentlich unter ihrem Werthe verkauft, sondern ob, bei übrigens nicht zu geringem Kaufpreise, der Umstand daß man aus Geldmangel verkauft, die Einrede zwangsweise eingegangenen Vertrages (exceptio quod metus causa) und auf diesem Wege Anfechtbarkeit desselben begründe. Mit Recht wird dies von Diocletian und Maximian in dem angeführten Gesetze in Abrede gestellt. — Nach der von mir oben ausgeführten Ansicht über den Zweck und die Bedeutung der L. 2. C. de rescind. vendit. kann darauf, ob der Verkäufer den Werth der Sache gekannt hat oder nicht, nichts ankommen. Sobald er weniger als die Hälfte des wahren Werths derselben empfangen, ist in dem einen wie in dem andern Falle kein gesetzlich anzuerkennendes pretium, mithin kein zu Recht beständiges Kaufgeschäft vorhanden. Die gewöhnliche Ansicht führt außerdem zu entschiedener Unbilligkeit. Man setze folgenden Fall: ein Studirender versetzt einen kostbaren Pokal, der 300 werth, für 75. Weil aber dergleichen Rechtsgeschäfte streng verboten, wird ein Scheinverkauf, sub pacto de retrovendendo, in bester Form Rechtens, schriftlich abgeschlossen. Der Eigenthümer läßt die ihm zur Ausübung des Rückkaufsrechts (eigentlich Wiedereinlösung des

verpfändeten Bechers) zugestandene Zeit verstreichen. Hier würde, abgesehen von der L. 2. C. de rescind. der Becher für immer verloren sein, wenn der Beweis des verbotenen Pfandvertrages nicht geführt werden kann. Allein nach den Ansicht der oben genannten Rechtslehrer, müßte selbst die Anfechtung des Kaufvertrages ausgeschlossen bleiben, wenn der Studirende den Werth seines Bechers gekannt, er würde mithin, offenbar unbillig, um seinen Becher geprellt sein, den er doch dem Käufer nichts weniger als schenken wollte. Nach unsrer Ansicht dagegen leidet die Sache keinen Zweifel. Das ganze Kaufgeschäft ist als solches nichtig, weil die gezahlten 75 unter der Hälfte des Werths, mithin kein pretium sind. Aus ihrem Mißverhältniß zur Sache ergibt sich ja am besten daß nach der Absicht der Parteien jene Summe eben so wenig ein wirkliches pretium, als das abgeschlossene Geschäft ein wirklicher Kaufvertrag sein sollte. Ausdrücklich aber sagt das Römische Recht: „plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur“ [34]). Mit dieser ersteren Modification steht einigermaßen in Verbindung eine zweite. Es soll nämlich

b) der Verzicht, und zwar der ausdrückliche wie der stillschweigende, den Anspruch wegen laesio enormis aufheben, vorausgesetzt nämlich, daß die Entsagung gleich bei Eingehung des Kaufgeschäftes selbst erfolgte. Man beruft sich dafür auf Justinian's Verordnung in L. 29. C. de pactis (2, 3): „sancimus nemini licere

34) Cf. tit. Cod. plus valere quod agitur (IV. 22).

adversus pacta sua venire, et contrahentes decipere: si enim et ipso Praetoris Edicto, pacta conventa, quae neque contra leges, neque dolo malo inita sunt, omnimodo observanda sunt, quare et in hac caussa pacta non valeant, cum alia sit regula iuris antiqui, omnes licentiam habere, his, quae pro se introducta sunt, renunciare?" — Indeß dürfte diese Bestätigung der Nebenverträge im Allgemeinen für unsre Frage nicht ausschließlich entscheiden. Verzichtet der Verkäufer bei Eingehung des Vertrages auf die L. 2. C. de rescind. vendit., so hat das den Sinn: er verspricht, er wolle das abgeschlossene Rechtsgeschäft nicht als Kauf behandeln (denn ein solches ist es, da kein iustum pretium vorhanden, nicht) und angreifen. Es kommt mithin Alles auf die rechtliche Natur des eigentlich beabsichtigten Vertrages an. Liegt dem Ganzen der Hauptsache nach eine donatio zu Grunde, so fällt natürlich die spätere Anfechtbarkeit weg, da Schenkungen nicht ohne weiteres widerrufen werden können. Anders wenn das scheinbar abgeschlossene Kaufgeschäft einen verbotenen Vertrag, z. B. Schenkung zwischen Ehegatten, Pfandgeschäfte u. s. f. versteckt. Ich erinnere hier an den oben angeführten Fall, da jener Studirende seinen Becher scheinbar verkauft, aber eigentlich versetzt. In solchen Fällen würde der Verzicht auf die L. 2. C. für unwirksam gehalten werden müssen, denn es würde sein ein pactum, ne dolus praestetur. Ausdrücklich aber nimmt Justinian in der oben angeführten Gesetzstelle diejenigen Nebenverträge aus, „quae dolo malo inita sunt". Natürlich würde selbst die eidliche Bekräftigung

Digitized by Google

des Verzichts die Sache nicht ändern, wie denn überhaupt der Eid hier keinen besondern Einfluß hat, und ohne Zweifel selbst ein von beiden Seiten beschworenes Kaufgeschäft wegen laesio enormis angefochten werden kann. Denn wurde ein wirklicher Kauf beabsichtigt, so kann hier unmöglich der Eid den Mangel eines wesentlichen Requisites, nämlich des iusti pretii, beseitigen: das Rechtsgeschäft würde an und für sich nichtig sein. Sollte dagegen kein ernstlicher Kauf abgeschlossen werden, so liegt entweder Schenkung oder Betrug im Hintergrunde, und der letztere kann selbst durch eidliche Bekräftigung nicht geheiligt werden, denn das canon. Recht, wiewohl es bürgerlich ungültige Rechtsgeschäfte durch den Eid gültig werden läßt, verlangt doch dabei „iuramenta, sine vi et dolo praestita.“ [35])

c) Bei öffentlichen Auctionen soll nach einer, namentlich in der Praxis sehr verbreiteten Ansicht, die Anfechtung wegen laesio enormis ausgeschlossen bleiben. Die Gründe, auf die man diese Lehre stützt, sind, der Hauptsache nach, folgende: die öffentliche Versteigerung sei 1) der sicherste Weg, den wahren und eigentlichen Werth einer Sache zu ermitteln. Das höchste Gebot, auf das der Zuschlag erfolgt, sei demnach jeder Zeit anzusehen als das dem wirklichen Handelswerth der Sache am meisten entsprechende pretium, mithin eine laesio enormis nicht denkbar. Dazu komme 2) die Autorität der Oeffentlichkeit: es streite gegen den Begriff

35) C. 28. X. de iureiurando (2, 24).

Digitized by Google

der fides publica, daß ein in solcher Weise eingegangenes Rechtsgeschäft wieder angefochten werden könne, was außerdem 3) durch ausdrückliche Gesetze für unstatthaft erklärt sei. [36]) Gegen diese Argumente ist schon von Andern mit Recht bemerkt worden, ad 1) daß öffentliche Versteigerung keineswegs immer das richtige Mittel sei, das iustum pretium zu erhalten, indem Mangel an Kauflust und Geld häufig es zur Folge haben, daß gerade auf Auctionen Sachen weit unter ihrem Werth verschleudert werden, — und in der That bezeugt dies die Erfahrung, wie denn auch die gewöhnliche Frequenz bei öffentlichen Versteigerungen zum Theil ihren Grund hat in der Hoffnung des Einzelnen, hier wohlfeiler als sonst zu kaufen, weil der Verkauf in der Regel ein nothwendiger, — und daß hiemit das höchste Gebot nicht immer als das iustum pretium betrachtet

---

36) Die Gesetze, auf die man sich hier beruft, sind hauptsächlich diese: L. 2. und 5. C. de fide et iure hastae fiscalis (10, 3), L. ult. C. si propter publicas pensitationes (4, 46), L. 8. C. de remissione pignoris (8, 26), L. 3. C. de iure fisci (10, 1) und L. 16. C. de rescind. vendit. (4, 44.) — Bei all diesen Gesetzen ist nicht zu übersehen, daß sie zu einer Zeit erlassen sind, wo die Verordnungen Diocletian's und Maximian's aufgehoben waren, mithin allgemein der Rechtsgrundsatz galt, daß, wegen zu geringen Kaufgeldes ein Kaufgeschäft überhaupt nicht angefochten werden könne (vgl. oben S. 107. und L. 1, 4. und 7. C. Th. de contrah. emt.) Seitdem nun aber Justinian jene Verordnungen Diocletian's wieder in Kraft gesetzt, müssen sie durchaus als ganz allgemeines, für jede Art des Verkaufes geltendes Gesetz angesehen werden, so weit nicht ganz specielle, wie die für fiscalische Veräußerungen erlassenen Vorschriften, ihnen derogiren.

Digitized by Google

werden, vielmehr eine laesio enormis sehr wohl enthalten könne; ad 2) daß die Oeffentlichkeit der Versteigerung ohne Einfluß auf ihre Gültigkeit oder Ungültigkeit sei, die lediglich von dem Vorhandensein aller gesetzlichen Requisite abhänge; ad 3) daß die von den Gegnern angeführten Gesetze gar nicht von laesio enormis, sondern bloß davon sprechen, daß der Eigenthümer, dessen Sache der Fiscus etwa einem Dritten verkaufte, dieselbe nicht vom Käufer vindiciren, vielmehr nur mit einer Entschädigungsklage gegen den Fiscus auftreten könne; während doch nirgends gesagt sei, daß der Fiscus nicht von seinem Kontrahenten wegen laesio enormis belangt werden könne; ja selbst wenn das der Fall, würde man davon nicht auf jede öffentliche Versteigerung überhaupt schließen können. Außerdem aber werden für die Anfechtbarkeit eines Kaufs selbst bei öffentlicher Versteigerung noch folgende Gründe angeführt: die L. 2. wie L. 8. C. de rescind. vendit. rede ganz allgemein vom Verkauf, ohne zwischen öffentlichem und Privatverkauf zu unterscheiden, so wie daß der in den Gesetzen angegebene Grund der Billigkeit, sowohl bei Auctionen wie bei Privatversteigerungen Berücksichtigung verdiene.

Die Richtigkeit der letzterwähnten Meinung steht, nach unserer Ansicht, außer Zweifel. Sobald ein minus pretium (i. e. nec dimidia pars veri pretii) vorhanden, ist juristisch kein Kauf anzunehmen, da es an einem wesentlichen Erforderniß desselben, dem iustum pretium fehlt. Die Oeffentlichkeit der Versteigerung kann diesen Mangel nicht ersetzen, so wenig als gerichtliche Bestäti-

Digitized by Google

gung ein an sich ungültiges Rechtsgeschäft gültig macht. Liegt aber ein besonderer, Abweichung gebietender Grund in der juristischen Natur der Subhastation nicht, so folgt, daß auch auf sie die Bestimmung der L. 2. C. de rescind. vendit. angewendet werden müsse. In der That würde auch das Gegentheil unbillig sein. Man erwäge nur, daß, wo auf Antrag der Gläubiger die Sachen des Schuldners veräußert werden, in der Regel derjenige, der die Versteigerung leitet, ein besonderes Interesse an den höheren oder geringeren Kaufpreisen der einzelnen Gegenstände nicht hat. Er schlägt sie, dem oft nicht einmal von den betheiligten Gläubigern selbst, vielmehr von dem Gericht erhaltenen Auftrage gemäß, dem Meistbietenden zu, ohne für den höheren oder geringeren Ertrag verantwortlich zu sein. Wie höchst nachtheilig würde hier die Lage der Gläubiger sein, stünde ihnen nicht frei sich wenigstens gegen laesio enormis zu sichern.

§ 5.

Rechtsmittel.

Schließlich ist hier noch ein für unsre ganze Ansicht entscheidender Punkt, der zugleich von practisch wichtigen Folgen, in näheren Betracht zu ziehen. Es fragt sich nämlich, mit welchem Rechtsmittel der verletzte Verkäufer seinen Anspruch aus der L. 2. C. de rescind. vendit. geltend zu machen habe?

Unsere Rechtslehrer geben ihm meist eine Klage aus dem abgeschlossenen Kaufvertrage selbst. In der

Digitized by Google

Benennung derselben weichen sie jedoch von einander ab, indem die Einen sie als ein besonderes remedium ex lege 2. C. de rescind. vendit., die Andern als eine condictio indebiti, oder als eine imploratio officii iudicis, ja selbst als eine actio spolii, noch Andre endlich, und dies ist jetzt die herrschende Ansicht, als die gewöhnliche actio venditi bezeichnen [37]). Darüber indeß ist man gegenwärtig so ziemlich allgemein einverstanden [38]), daß diese Klage eine rein persönliche sei, die daher gegen dritte Besitzer der Sache nicht angestellt werden könne. Bei der besonderen Wichtigkeit, die, wegen der Consequenzen die daraus nothwendig hervorgehen, diese Grundansicht hat, fragen wir billig nach den Gründen, auf welche sie sich stützt. Das Gesetz selbst erwähnt des Rechtsmittels, das im Fall einer laesio enormis eintreten soll, nicht. Die L. 2. C. cit. sagt nur, es sei der Billigkeit angemessen, daß der Verkäufer, gegen Rückgabe des empfangenen pretii, das verkaufte Grundstück „auctoritate iudicis intercedente" wiedererhalte. Wie ist man nun zu der so allgemein verbreiteten Annahme einer, aus dem Contract entspringenden

37) In Betreff der Litteratur dieser Streitfrage verweise ich der Kürze wegen auf Glück's Commentar Th. XVII. § 1029. S. 67.

38) So Thibaut, System des Pandectenrechts. 8te Aufl. § 502. Mühlenbruch, Lehrbuch der Pandecten. 2te Aufl. Th. II. § 406. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 5te Aufl. Th. II. § 259. Schweppe, Römisches Privatrecht. 4te Aufl. Th. III. § 444. Glück, Commentar. Th. XVII. § 1029.

Digitized by Google

jedenfalls einer bloß persönlichen Klage gekommen? Man hielt den Kaufvertrag, bei dem eine laesio enormis statt gefunden, an sich für gültig, und stellte nur die dem Verkäufer durch die L. 2. C. cit. beigelegte Befugniß etwa dem Rechte des Käufers an die Seite, unter Umständen mit der actio redhibitoria Aufhebung des Vertrages zu verlangen. Was also war natürlicher, als daß man, wie die eine, so die andre als eine reine Kaufcontractsklage behandelte. Allein in der Prämisse liegt der Fehler. Ist bei einem Kaufgeschäft laesio enormis vorhanden, so fehlt es an einem iustum pretium, mithin an einem wesentlichen Requisit. Der abgeschlossene Vertrag kann, würde er nicht angefochten, zwar als donatio u. s. f., nie aber als Kaufvertrag gelten. Die Analogie der actio redhibitoria ist demnach durchaus zurückzuweisen, denn durch diese Klage wird ein an und für sich rechtlich vorhandenes und rechtsbeständiges Kaufgeschäft angefochten und auf dessen Aufhebung gedrungen, während es im Fall einer laesio enormis dessen nicht bedarf, da ein Kaufgeschäft überhaupt nicht vorhanden. Wie aber kann aus einem gar nicht existirenden Kaufgeschäft eine actio venditi hervorgehen? Rechtsmittel da einzuräumen, wo rechtlich gar kein Vertrag vorhanden, heißt die Nichtexistenz ihres Fundaments wieder zu ihrem Fundament erheben. Demnach kann das aus der L. 2. C. de rescind. vendit. hervorgehende Rechtsmittel eine Contractsklage unmöglich sein. Ja daß es überhaupt keine Klage im gewöhnlichen Sinne, scheint aus den Worten des Gesetzes selbst

Digitized by Google

unzweideutig hervorzugehen. Es heißt: „humanum est — — ut fundum recipias auctoritate iudicis intercedente“. Sollten diese letzteren Worte nichts als eine schwülstige Umschreibung des Klagerechts sein? Geben sie nicht den viel natürlicheren Sinn, der Verkäufer soll sein Grundstück zurückempfangen durch unmittelbares Einschreiten des Richters? also aus dessen, nicht aus des Beklagten, oder des Besitzers Hand. Das Rechtsmittel, das dem Verkäufer beigelegt wird, ist meines Erachtens nicht eine Klage, vielmehr eine unmittelbare Restitution, die, wie jede in integrum restitutio, sich auf Billigkeit gründet, daher „humanum est“ [39]) etc. Das Verfahren aber bei solcher Restitution konnte bekanntlich ein doppeltes sein. [40]) Entweder nämlich erstens, konnte der Richter sofort den Beweis der Läsion, als des Restitutionsgrundes, verlangen, und wenn er sich von der Existenz aller Bedingungen der Restitution überzeugt hatte, diese unbedingt und definitiv ertheilen, also den Verletzten unmittelbar in seinen früheren Rechtszustand einsetzen, wovon denn auch die Folge war, daß jeder Theil gleich herausgeben mußte, was er von dem andern etwa erworben hatte; dies hieß

---

39) Diese Beziehung der Worte humanum est ergibt zugleich die Unrichtigkeit der willkürlichen Argumentationen, die man auf diese Worte theils für theils gegen die Ausdehnung der L. 2. C. cit. gestützt hat.

40) Vergl. hierüber Burhardi's treffliche Ausführung in seiner Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831.

Digitized by Google

vorzugsweise, cognitione praetoria die Sache abmachen. Oder der Richter konnte zweitens die Verhandlung bloß auf die Restitutionsgründe beschränken, und nach deren Constatirung die Restitution eventuell ertheilen, auf den Fall, daß der Implorant sein angeblich verlorenes oder verletztes Recht, überhaupt die Läsion, im ordentlichen Proceß darthun würde. Dies nannte man rescisso negotio dare iudicium restitutorium. Der Implorant mußte dann, um zum Ziele zu gelangen, noch erst die aus seinem behaupteten Rechte entspringende actio in rem oder in personam anstellen, und wie gewöhnlich vor ernannten iudicibus privatis durchführen, wobei es vom Ausfall dieses Processes abhing, ob ihm die Restitution etwas nützte oder nicht. Wenngleich nun nach Römischem Recht für den Fall einer laesio enormis der erstere Weg, also der sofortigen Restitution cognitione praetoria, der übliche gewesen sein dürfte, denn darauf deuten die Worte „recipere fundum auctoritate iudicis intercedente“ hin, so würde es sich doch gegenwärtig anders verhalten. In der Praxis nämlich pflegt man, statt jener restitutio cognitione praetoria, in der Regel nur das iudicium rescissorium zu gestatten, d. h. dem Beeinträchtigten die Klage zu gewähren, die er, abgesehen von der Verletzung, gegen die er restituirt worden ist, haben würde. Diese nun ist in unserm Falle die rei vindicatio, denn da das abgeschlossene Kaufgeschäft, wegen Mangel eines iusti pretii, nichtig, so ist auf den vermeintlichen Käufer kein Eigenthum übergegangen, vielmehr ist dieses dem Verkäufer

Digitized by Google

geblieben. Das Rechtsmittel also, das dem Verkäufer nach der L. 2. C. de rescind. vendit. zusteht, trägt nach unserer Ansicht den Character einer restitutio in rem, und ist kein anderes, als die rei vindicatio. Dieser Satz ist äußerst folgenreich: 1) Man nimmt allgemein an, daß wenn der Käufer die Sache bereits weiter veräußert hat, der verletzte Verkäufer sich lediglich an seinen Contrahenten wegen Schadenersatz halten müsse. Nach unserer Ansicht steht ihm die rei vindicatio gegen jeden dritten Besitzer zu. Dabei aber entsteht die Frage, ob dieser dritte Besitzer die Sache ohne weiteres hergeben müsse, oder ob er nicht wenigstens von dem vindicirenden ersten Verkäufer irgend einen Ersatz verlangen könne? z. B. A hat für seinen Becher, der 300 werth, 75 von B erhalten: B hat denselben weiter an C für 200 verkauft. Ist nun A, wenn er die rei vindicatio gegen C anstellt, verpflichtet, diesem die 200 zu zahlen, die dieser für den Erwerb des Bechers gegeben? Nach den allgemeinen für die rei vindicatio herrschenden Grundsätzen unstreitig nicht: er verweist den C wegen seiner Entschädigungsansprüche an seinen Auctor B. Dabei kommt indeß noch eine Frage in Betracht. Unzweifelhaft muß der Vindicant A seinerseits die empfangenen 75 restituiren. Aber an wen? an B, mit dem er den wegen laesio enormis nichtigen Kaufcontract abschloß, oder an C, von dem er den Becher vindicirte? Und wem ferner von beiden steht das Recht zu, die rei vindicatio des A durch Ergänzung des iustum pretium auszuschließen, dem B oder dem C? Eine deut-

Digitized by Google

liche Antwort auf diese Fragen gibt uns Diocletian selbst. Es heißt in der L. 2. C. cit.

> humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate iudicis intercedente: vel si emtor elegerit, quod deest iusto pretio recipias.

Hier werden unmittelbar neben einander „emtores" und dann der „emtor" genannt. Sollte diese doch offenbar absichtliche Verschiedenheit des numerus ohne alle Bedeutung sein? Ich meine, daß mit den emtores die weiteren Käufer, in unserm Beispiel C, mit dem emtor dagegen der ursprüngliche Mitcontrahent des A, also B, bezeichnet sei. Daraus würde folgen, der Verkäufer muß das, was er seinerseits empfangen, jeglichem Käufer herausgeben, der sich gerade im Besitz der Sache befindet, während zur Ergänzung des iustum pretium nur der ursprüngliche Mitcontrahent berechtigt ist. Beides scheint durchaus angemessen. Freilich hat der gegenwärtige Besitzer der Sache gegen seinen Auctor Anspruch auf vollständige Entschädigung wegen Eviction. Diese aber sichert ihn nicht gegen etwaige Insolvenz desselben. Damit er in solchem Fall nicht unverschuldeter Weise die Sache, ohne alles Aequivalent verliere, gibt ihm das Gesetz ein Recht auf Herausgabe dessen, was der vindicirende Verkäufer bei Eingehung des nichtigen Kaufcontractes empfangen. Daß aber das Gesetz nicht so weit geht, ihm den Besitz der Sache gegen Ergänzung des iustum pretium zu sichern, hat seinen guten Grund. Zwischen dem gegenwärtigen Besitzer und dem Vindican-

Digitized by Google

ten existirt ein juristisches Verhältniß gar nicht. Unmöglich kann der erstere den letztern zur Abschließung eines Kaufvertrages zwingen, wie doch anzunehmen wäre, stände dem ersteren das Recht zu, quod deest iusto pretio, zu ergänzen. Anders verhält es sich mit dem ursprünglichen Mitcontrahenten. Zwischem ihm und dem Verkäufer hat ein obligatorisches Verhältniß bestanden, das, sobald der gesetzliche Mangel desselben beseitigt wird, wirksam ins Leben tritt. In den meisten Fällen wird nun der ursprüngliche Käufer diesen Weg einschlagen, da er dadurch dem gegenwärtigen Besitzer den Besitz der Sache, und so sich selbst gegen höchst nachtheilige Evictionsansprüche sichert, bei denen Ersatz des ganzen Interesse in Anschlag kommen würde. 2) Hypotheken und sonstige dingliche Rechte, mit denen der Käufer in der Zwischenzeit die Sache belastet, sollen nach der allgemeinen Ansicht gültig bleiben [41]), wenn auch der Verkäufer die Aufhebung des Vertrages wegen laesio enormis nachsucht. Nur wird dem letztern natürlich das Recht zugesprochen, zu verlangen, daß der Käufer die Sache von diesen Lasten wieder freimache. Man stützt sich dabei theils darauf, daß der Käufer durch den Kauf doch wahrer Eigenthümer geworden, und als solcher die Sache mit vollkommen gültigen Hypotheken zu beschweren befugt gewesen sei, theils auf die Analogie

41) Vgl. Glück Commentar. Th. XVII. § 1031. S. 108. Thibaut a. a. O. § 502. Mühlenbruch a. a. O. § 406. v. Wening-Ingenheim a. a. O. § 259.

Digitized by Google

der actio redhibitoria, die, wird sie von dem Käufer auf Aufhebung des Kaufgeschäftes angestellt, eben so wenig die in der Zwischenzeit an der Sache begründeten dinglichen Rechte vernichte. [42]) Indeß ist schon früher auf die Unhaltbarkeit beider Analogieen hingewiesen. Fehlt das iustum pretium, so ist ein Kaufgeschäft nicht zu Stande gekommen, mithin auch durch die Tradition der Sache, wenn sie nicht donandi animo erfolgte (wie doch da, wo der Verkäufer die Nichtigkeit des Vertrages wegen laesio enormis behauptet, unmöglich angenommen werden kann), kein Eigenthum, also auch nicht die Befugniß, gültige Hypotheken u. s. f. zu constituiren, übergegangen. Der vermeintliche Käufer kann höchstens als bonae fidei possessor gelten, also nur publicianische Servituten, Hypotheken u. s. f. ertheilen, die der rei vindicatio weichen müssen. Eben so wenig erheblich ist die Verweisung auf die Redhibitorienklage. Diese gründet sich nicht auf ursprüngliche Nichtigkeit des Vertrages. Daß die verkaufte Sache fehlerfrei sei, ist keineswegs ein essentiale des Kaufes, er ist trotz dem an sich gültig, nicht so der Kauf ohne iustum pretium. Die Redhibition ist daher spätere Wiederauflösung eines an sich gültigen, die Anfechtung wegen laesio enormis die Nichtigkeitserklärung eines schon an sich nicht rechtsbeständigen Kaufvertrages. In jenem Falle also war al-

---

42) Arg. L. 43. § 8. D. de aedilitio Edicto (22, 1): Pignus manebit obligatum, etiamsi redhibitus fuerit servus: quemadmodum si eum alienasset. Vgl auch L. 4. pr. D. quibus modis pignus solvitur.

Digitized by Google

lerdings Eigenthum auf den Käufer übergegangen, und damit zugleich die Befugniß zur Einräumung dinglicher Rechte, nicht so in diesem. Kann aber der ursprüngliche Verkäufer, wie oben nachgewiesen worden, seine Sache von jedem dritten Käufer, der doch Eigenthum erworben zu haben vermeinte, zurückfordern, so auch gewiß von jedem andern, minder dinglich Berechtigten.

3) Man streitet in Betreff der Früchte und Zinsen, ob diese gegenseitiger Restitution unterworfen, oder gegen einander zu compensiren sind, [43]) indem man für das Eine sich ebenfalls auf die Analogie der actio redhibitoria, für das Andre auf den interimistischen Uebergang des Eigenthums an der Sache auf den Käufer beruft. Nach unserer Ansicht hat die ganze Frage keine besondere Schwierigkeit. Es entscheiden hier die für rei vindicatio geltenden Grundsätze. Eben so bei zufälligem oder verschuldetem Untergange der Sache in den Händen des Käufers.

B. Die einheimisch provinciellen Rechte.

§ 6.

1) Das Livländische Recht.

Es ist in dem Bisherigen unsre Streitfrage nur von dem Standpunkte des gemeinen Rechts aus beantwortet

43) Vgl. Glück a. a. O. S. 105, so wie die in der vorigen Note angeführten Schriftsteller.

Digitized by Google

worden. Wie aber verhalten sich zu diesem unsere einzelnen Provincialrechte? Wir beginnen mit dem Livländischen, das sich in unserer Controverse dem Römischen Recht am engsten anschließt. Eine gesetzliche Bestimmung über laesio enormis findet sich

1) in den einheimischen Quellen des Livländischen Landrechts nicht. Indeß scheint die Praxis sich früh für die Ausdehnung der L. 2. C. de rescind. vendit. erklärt zu haben. Schon in dem unter der Schwedischen Regierung durch Engelbrecht v. Mengden verfaßten, aber freilich nicht bestätigten, Entwurf des Livländischen Landrechts vom Jahre 1643 [44]) lesen wir:

> Buch II. Cap. 19. § 29: — Würde sich auch zutragen (wie oft geschieht) daß Jemand, er sey Käufer oder Verkäufer, in Kaufen oder Verkaufen, oder auch Tauschen, sich über oder versehen hätte, also daß er sich über den halben Theil des gerechten, gebührlichen und billigen Werthes (ultra dimidium iusti pretii) übernommen und ledirt und verkürzet befinde: Als: so ein Ding, das zwanzig Gulden werth, um 8 oder 9 Gulden wäre verkauft worden, und sich die ledirte und vortheilte Parthey dessen rechtlich beklagte, und solche Laesion und Vervortheilung probiren und beweisen könnte: So ordnen, setzen und wollen

44) Die Mittheilung der provincialrechtlichen Quellen verdanke ich der Güte meines verehrten Collegen und Freundes F. G. v. Bunge.

Wir, daß solcher Contract von Unwürden und unkräftig seyn solle, Es wäre denn, daß derjenige, so solchen übermäßigen Vortheil hatte, erböthig wäre, den verkürzten und lädirten Mangel des rechten Werths zu erstatten. Als dann soll und mag Er bei getroffenem Contract gehandhabet und davon nicht gedrungen werden. Was aber der rechte Werth eines verkauften Gutes sey, soll und muß aus dem abgenommen werden, wie hoch und theuer dieselbige Waare, Haab oder Gut, zur Zeit des Kaufes im gemeinen Werth in Kaufen und Verkaufen zu feilen Markt gegolten, hingegeben und genommen worden, ungeachtet zuvor oder auch hernacher es höher oder geringer gegolten hatten, oder gelten würden.

Uebereinstimmend hiermit erklären sich auch spätere Entwürfe und Darstellungen des Livländischen Landrechts. So heißt es im Budberg-Schraderschen Landrecht für Livland

Buch IV. Tit. 20. § 12: — Wenn beide Contrahirende Theile sich in Gegenwart gültiger Zeugen über den Kauf eines beweg- und unbeweglichen Gutes mündlich und völlig vereiniget und dabei — — aller und jeden ihnen hiewider etwa zu statten kommenden rechtlichen Befelfe und Ausflüchte, insonderheit aber ausdrücklich der Verletzung über die Hälfte, sich wohl bedächtig verziehen haben; soll derselbe Kauf u. s. f.

so wie eben daselbst in

§ 16: — Und wie dahingegen für keinen gewissen freyen Consens und Einwilligung gehalten werden kann, wenn ein wichtiger Irrthum und Mißverstand in dem geschlossenen Contracte, den etwa ein Theil für einen Kauf, und das andere für eine Pfändung gehalten, ingleichen in der Sache selbst, auch deren Beschaffenheit, Güte und Werth vorgegangen, oder ein Theil durch Arglist und Betrug das andere zur Handlung verleitet, und darinnen gröblich, auch wohl gar über die Hälfte verletzet, oder auch eines von beiden Theilen durch Furcht dazu gedrungen worden: Also mag sothaner Kauf, wenn man sich auch aller und jeder zu statten kommenden rechtlichen Behelfe und Einwendungen mit ausdrücklichen Worten namentlich begeben hätte, dennoch als ungültig angestritten und nach dargethanem Erweise durch richterliche Erkenntniß gehoben und vernichtet werden.

Ferner in der, im Jahre 1832 zu Riga in drei Foliobänden lithographirt erschienenen Darstellung des bürgerlichen Rechts der Ostseeprovinzen.

Buch III. Tit. 1. § 2735: Ein gesetzlicher Grund zur Aufhebung des geschlossenen Vertrages, auch ohne beiderseitigen Willen der Contrahenten, ist in allen Fällen die erweisliche Verletzung

Digitized by Google

über die Hälfte, welche einem der Contrahenten beim Abschluß wiederfuhr. [43])

---

43) Außerdem enthält dieser Entwurf noch eine Reihe sehr detaillirte Bestimmungen über laesio enormis, namentlich beim Kauf. Aus einheimisch Livländischen Rechtsquellen sind dieselben nicht geschöpft, wohl aber aus der gemeinrechtlichen Praxis, und namentlich deren Darstellung bei Glück in seinem Commentar, dessen betreffende Stellen wir daher zu den einzelnen Paragraphen der „Darstellung u. s. f." allegiren wollen. So heißt es:

Buch III. § 3435. Wird der Kaufhandel rückgängig wegen vorgefallener Verletzung über die Hälfte, so gibt der Käufer, gegen Empfang seines Kaufgeldes, das Kaufgut, wenn es noch vorhanden, in dem Zustande zurück, in welchem es sich zur Zeit der Uebergabe befand. Glück a. a. O. Th. XVII. S. 105.

§ 3436. Bei solcher Rückgabe haftet der Käufer wenn er der Verletzte war, nicht für Verschlimmerungen, welche mittler Zeit durch bloßen Zufall entstanden, sondern nur für Mängel, welche sein grobes Versehen veranlaßte.

§ 3437. Rücksichtlich der Verbesserungen wird der Käufer, wenn er der Verletzte war, als redlicher Besitzer beurtheilt, und rücksichtlich der Zinsen für sein Kaufgeld in der Regel mit den Nutzungen abgefunden, die er aus dem Kaufgut bezog. Vgl. Glück a. a. O. § 1031.

§ 3438. Gleichen sich Zinsen und Nutzungen in dem gedachten Falle nicht gehörig aus, so findet wegen des Abgangs besondere Entschädigung statt. Vgl. Glück a. a. O. S. 106 u. fgg.

§ 3439. War der Verkäufer der Verletzte, so hat er bei Zurücknahme des Kaufgeldes zwar keinen Anspruch auf Ersatz dessen, was durch bloßen Zufall entkam, was aber das selbst geringe Versehen des Käufers verschuldete, ist Gegenstand ihm gebührender Entschädigung. Glück a. a. O. S. 115.

§ 3440. Gab der Käufer guten Glaubens das Kaufgut in die dritte Hand, und der Verkäufer seinen Widerruf erklärte: so ist der letztere nur dann zur Entschädigung gegen ihn berechtigt, wenn ihn die Veräußerung wirklich bereicherte. Vgl. Glück a. a. O. S. 114.

Digitized by Google

Endlich bei v. Bunge, das Liv- und Esthländische Privatrecht. Dorpat 1838.

Buch III. Tit. 2. § 208. Das esthländische Landrecht dehnt den Grundsatz des Römischen Rechts, daß der Verkäufer wegen Verletzung über die Hälfte den Kauf rückgängig machen dürfe, nicht nur auf beide Theile beim Kaufcontract aus, sondern auch ganz allgemein auf alle onerosen

---

§ 3441. Gab der Käufer das Kaufgut aus Arglist in die dritte Hand, um dem Anspruch des über die Hälfte verletzten Verkäufers zu entgehen, so bleibt dieser dennoch ihn zur Entschädigung berechtigt. Glück a. a. O. S. 112.

§ 3442. Ging das Kaufgut ohne Verschulden des Käufers zu Grunde, so hat der über die Hälfte verletzte Verkäufer, gegen denselben weder das Recht des Widerrufs des Kaufhandels, noch das Recht zur Ergänzung des wahren Werthes. Glück a. a. O. S. 115.

§ 3443. War dagegen der Käufer über die Hälfte verletzt, und das Kaufgut ohne sein Verschulden zu Grunde gegangen, so bleibt er dennoch gegen den Verkäufer zur Rückforderung dessen berechtigt, was er über den wahren Werth bezahlte. Glück a. a. O. S. 119.

Von der Miethe heißt es in eben diesem Entwurf Buch III. § 3592: Pacht und Miethe erlöschen überhaupt wie jeder andere Vertrag, durch wechselseitige Uebereinkunft und Verletzung über die Hälfte.

Von dem Tausch, ebendaselbst in Buch III. § 3201. Wird der Contrahent im Tauschhandel über die Hälfte des wahren Werths verletzt; so ist er befugt, binnen Jahr und Tag durch seinen Widerruf den Tausch unwirksam zu machen.

Endlich vom Vergleich ibid. § 3228. Ist einer der Contrahenten im Vergleich über die Hälfte des wahren Werths seiner unstreitigen Ansprüche verletzt worden, so kann er von dem geschlossenen Vergleich zurücktreten. — Auf diesen letztern Punkt kommen wir weiterhin im Esthländischen Recht noch einmal zurück.

Digitized by Google

Verträge, und insbesondre auf den Tauschcontract. Diese Ausdehnung ist übrigens schon durch die gemeinrechtliche Praxis anerkannt, und daher auch in Livland recipirt.

Wenngleich nach Allem diesen nicht zu bezweifeln, daß in Livland eine althergebrachte und allgemeine Praxis die Verletzung über die Hälfte als einen Aufhebungsgrund aller onerosen Verträge betrachtet, so dürfte gleichwohl, da es an einer gesetzlichen Bestimmung durchaus fehlt, auch hier gelten, was in der Einleitung zu dieser Abhandlung über das Verhältniß der Praxis, als Rechtsquelle überhaupt, ausgeführt worden ist. Wenn die von uns oben aufgestellte Ansicht über den Inhalt und den Zweck der L. 2. C. de rescind. vendit. richtig, so wird selbst die entschiedenste Praxis nicht dagegen angeführt werden können, da diese letztere, wenn ihr auch noch so viel Einfluß auf die Entwickelung des Rechts zugestanden wird, doch das juristisch Undenkbare, nicht denkbar und möglich zu machen vermag.

Die Art und Weise, wie der Anspruch wegen Verletzung über die Hälfte zu realisiren, ist in den oben angeführten Darstellungen des Livländischen Rechts nicht näher angegeben. In der v. Mengdenschen heißt es: ein solcher Contract, bei dem laesio enormis vorkommt, solle „von Unwürden und unkräftig“ sein. In der Budberg-Schraderschen, er solle als ungültig angestritten, und nach dargethanem Erweise durch richterliches Erkenntniß gehoben und vernichtet werden. Beide Verfasser scheinen danach eine Nichtigkeitserklärung des

abgeschlossenen Vertrages anzunehmen, wofür bei dem letzteren noch besonders die Zusammenstellung der laesio enormis mit den Fällen eines erzwungenen Kaufvertrages spricht. Da aber aus nichtigen Verträgen auch dritte Personen keine Rechte ableiten können, so müßte der verletzte Verkäufer gegen jeden dritten Besitzer, der inzwischen die Sache vom Käufer erworben, die rei vindicatio haben. In so fern scheinen die angeführten Schriftsteller mit der von mir oben aufgestellten Ansicht einverstanden zu sein. Anders der Verfasser der „Darstellung", der a. a. O. § 3440 u. ff. dem verletzten Verkäufer nur eine Entschädigungsklage gegen den Käufer zuschreibt. Sofern indeß dieser sich hierin nur den gemeinrechtlichen Ansichten anschließt, wie sich aus einer Vergleichung der angeführten Paragraphen mit Glück Commentar Th. XVII. S. 112 u. ff. ergibt, so verweise ich auf die obige gemeinrechtliche Ausführung.

Einer kleinen Inconsequenz scheinen übrigens die Verfasser des Budberg-Schraderschen Landrechts-Entwurfes sich schuldig gemacht zu haben. Während sie nämlich im § 16 a. a. O. den Kauf, sobald eine laesio enormis dabei stattgefunden, für ungültig erklären, wenn die Parteien sich auch aller und jeder zu statten kommenden rechtlichen Behelfe und Einwendungen mit ausdrücklichen Worten namentlich begeben hätten, sprechen sie gleichwohl im § 12 ibid. von der Möglichkeit eines ausdrücklichen Verzichts auf die Einrede der Verletzung über die Hälfte, mithin sehen sie hier den Kaufcontract als an sich gültig an. Inconsequenzen der Art sind al-

Digitized by Google

lezeit unvermeidliche Folgen der Unklarheit über die juristische Natur und das eigentliche Wesen eines Rechtsverhältnisses. Ueber die Frist, innerhalb deren die Ansprüche aus der Verletzung über die Hälfte geltend gemacht werden müssen, enthalten die Livländischen Rechtsquellen selbst nichts. Es muß daher hier bei den für die rei vindicatio geltenden Grundsätzen bleiben, die nach der auch für Livland geltenden Verjährungslehre des Russischen Rechts auf die Zeit von zehn Jahren beschränkt ist. In dem Budberg-Schraderschen Entwurf (der Engelbrecht von Mengdensche schweigt hierüber) wird indeß jener Anspruch auf die Frist von Jahr und Tag beschränkt [46]), und zwar unter ausdrücklicher Berufung auf das Esthländische Ritterrecht Lib. IV. tit. 21. § 9, woselbst die einjährige Verjährungsfrist ganz speciell für die laesio enormis angeordnet wird. Indeß ist diese Behandlungsweise, Bestimmungen des einen Provincialrechts ohne Weiteres auf das andere auszudehnen, auf das Entschiedenste zu mißbilligen.

2) Das Livländische Stadtrecht kann eben so we-

46) Vgl. a. a. O. Lib. IV. tit. 12. § 9. „Diejenigen Klagen, welche zwar aus einigem Kontracte herfließen . . als da sind, die Klage . . der Verletzung im Handel . . sollen unter Gegenwärtigen innerhalb Jahr und Tag, unter Abwesenden in drei Jahren und nicht länger, anzustellen vergönnt sein.“ Uebrigens beruht die hier angenommene Verschiedenheit der Klageverjährung gegen Anwesende und Abwesende auf einen Irrthum, da bei der Klageverjährung von Jahr und Tag diese Frist immer erst von dem Moment an gerechnet wird, wo das Hinderniß der Geltendmachung des Rechts, bei Abwesenden also die Abwesenheit, weggefallen ist. Vgl. v. Bunge, das Liv- und Esthländische Privatrecht § 193.

Digitized by Google

nig eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung über die Ausdehnung der L. 2. C. de rescind. vendit. aufweisen. Gleichwohl finden auch hier sich schon früh unzweideutige Spuren einer für dieselbe sich erklärenden Praxis. Von besonderem Interesse ist der aus der Mitte des 17ten Jahrhunderts herrührende Meyer-Flügelsche Entwurf eines Stadtrechts für Riga. In diesem heißt es:

> Pars II. tit. 11. de Emtione venditione. Vom Kauffen und Verkauffen. Art. 12. Wann der Verkäuffer über die Helffte ist verletzet, so magk Er den Richter bitten, den Kauff aufzuheben, oder den mangel von Käuffern zuerstatten. Vnd stehet dem Käuffer frey das gutt zu behalten, und den werth zuerfüllen, oder aber sein geldt zuruck zu nehmen. Gleiches Rechtens hatt der Käufer sich zu gebrauchen.
>
> Art. 13. Ebenmäßig kann der vor Gerichte den Contract aufzuheben bitten, welcher im tausch, vertrage und theilunge über die helffte ist verletzet.

Dagegen sind in den später, um das Jahr 1673 verfaßten, noch gegenwärtig geltenden Rigischen Statuten, diese offenbar aus der damaligen gemeinrechtlichen Praxis entlehnten Bestimmungen weggelassen worden.

§ 7.

Das Esthländische Recht.

Hier finden wir 1) im Landrecht allerdings meh-

Digitized by Google

rere unsere Controverse betreffende gesetzliche Verordnungen, die natürlich dem gemeinen Recht derogiren. Das Ritter- und Landrecht schreibt in Buch IV. Titel 1. „von vertragenen Sachen und Compromissen“ ausdrücklich vor:

Art. 10. Ebenmäßig da einer also fort beständig und klärlich beweisen kann, daß er im Vertrage auf ein Merkliches über die Hälfte sei vervortheilet und verkürzet worden, so mag das verkürzte oder verletzte Theil wegen solcher merklichen Verkürzung, welcher einer Betrüglichkeit fast gleich, sothanen Vertrag wohl anfechten.

Desgleichen bei der Lehre vom Kaufen und Verkaufen, in

tit. 13. Art. 4. Wäre jemand über die Hälfte des rechten Werthes, was das verkaufte Gut nach gemeiner, gewöhnlicher Wardirung würdig, vervortheilet, oder durch gebrauchte vorsetzliche Betrüglichkeit zu einem Kauf verursachet, oder es würde das verkaufte Gut in der Besichtigung verkaufter Maßen nicht befunden, stehet dem verkürzten Theil frey, sothanen Kauf zu widerrufen, und müssen demselben seine Gelder, da er einige darauf bezahlet, wieder erstattet werden.

Endlich im Titel 15, von Vertauschung beweg- und unbeweglicher Güter.

Art. 2. So nun einer im Tausch über die Hälfte des rechten Werthes vervortheilet, oder einem ein schadhaftig, ungesund oder gestohlen Pferd, Vieh

Digitized by Google

u. s. w. oder auch falsch, verdorben Gut, für gesund, ungebrechlich, frei und untadelhaftig angetauscht würde, so ist solcher Tausch, gleich in Kaufen und Verkaufen, ungültig.

Bei diesen Bestimmungen ist es zunächst interessant, daß die Verletzung über die Hälfte als etwas dem Betruge nahe Verwandtes, ja als ein dolus praesumtus angesehen wird. Besonders deutlich tritt dieser Gesichtspunkt in dem ersterwähnten, von Verträgen im Allgemeinen handelnden Art. 10. des Tit. 1. in den Worten: „Verkürzungen, welcher einer Betrüglichkeit fast gleich" hervor, und wird auch in den übrigen Artikeln durch die unmittelbare Zusammenstellung der laesio enormis mit dem Betruge wiederholt hervorgehoben. Dem Römischen Recht ist diese Auffassungsweise fremd, vielmehr wird hier ausdrücklich in der L. 10. C. de rescind. vendit. gesagt: „dolus emtoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur". Es fragt sich nun aber, ob dieser veränderte Gesichtspunkt nicht auf die Behandlung der ganzen Lehre selbst von Einfluß sei, und dies scheint allerdings so. Betrachtet nämlich das Römische Recht die Existenz einer laesio enormis als Verstoß gegen das wesentlich erforderliche Requisit eines iusti pretii, und erklärt in Folge dessen den Kaufvertrag als gar nicht zu Stande gekommen, so ändert sich dies, sieht man die laesio enormis als einen dolus an. Der Vertrag ist dann an und für sich gültig, wiewohl er wegen Betrugs angefochten werden kann. Dies ist auf die Rechte dritter Personen, die inzwischen von dem Käufer oder

Digitized by Google

Verkäufer Ansprüche an der Sache erworben haben, von dem wichtigsten Einfluß. Andrerseits aber erklärt sich durch diese veränderte Grundansicht sehr natürlich die Ausdehnung der L. 2. C. de rescind. vendit. nicht nur auf die Person des Käufers, sondern auf andre Verträge überhaupt, denn Betrug der bezeichneten Art kann jeder der Contrahenten und bei jedem Vertrage üben. Zu dieser veränderten Auffassungsweise ist das Esthländische Ritter- und Landrecht durch ein reines Mißverständniß des Römischen Rechts gekommen. [47])

47) Das Esthländische Ritterrecht beruft sich auf die Schriften eines damals in großer Achtung stehenden gemeinrechtlichen Practikers, nämlich Gaill observationes practicae. Allerdings sagt dieser: „ex enormi vel enormissima laesione, puta si ultra dimidium decepta sit, dolus praesumitur", eine Ansicht, die er an mehreren Orten, namentlich seiner Observationes Lib. II. obs. 147 № 8. ausspricht, und zwar leitet er dieselbe aus 2 Stellen des Römischen Rechts ab: 1) L. 17. § 1. D. quae in fraudem creditorum (42, 8): eine Stelle deren Inhalt zu unserer Lehre in gar keiner Beziehung steht. Es heißt darin: vermacht jemand sein ganzes Vermögen seinen Freigelassenen, so soll angenommen werden, er habe dies creditorum fraudandorum causa gethan und deshalb der Anfechtung von Seiten der Gläubiger unterliegen. Glücklicher gewählt scheint beim ersten Anblick 2) die L. 5. C. de dolo malo (2, 21). Der darin erwähnte Fall ist dieser: Ein Vater hat seine von der Mutter zur Erbin eingesetzte, noch unmündige Tochter emancipirt, als ihr tutor legitimus ihr Vermögen verwaltet, und, bei eingetretener Volljährigkeit derselben, mit ihr wegen etwaiger Ansprüche durch einen Vergleich sich abgefunden. War dieser, heißt es weiter, in Form eines pactum abgeschlossen, so hat der Vater gegen die Klagen der Tochter eine exceptio, während, wenn die transactio in der Form einer stipulatio und darauf folgender acceptilatio vorgenommen worden, die Tochter gar kein weiteres Klagerecht gegen den Vater haben

Um so weniger ist es daher zu billigen, daß der Verfasser der mehrfach genannten „Darstellung“ diesen irrigen Gesichtspunkt des Esthländischen Landrechts als einen den verschiedenen Rechten der drei Ostseeprovinzen durchaus gemeinsamen aufgenommen hat. Er sagt in einer Note zu § 3436 a. a. O.: „Dem Käufer als Verletzten ist die Vertretung nur des groben Versehens aufzulegen,

---

würde. Am Schluß aber fügt das Gesetz hinzu: „sane si laesa est immodice, liberatione solenniter per novationem atque acceptilationem tributa, non de dolo, propter paternam verecundiam, sed in factum actio tibi tribuenda est.“ Daraus nun scheint zu folgen, die Tochter würde, stände das Pietätsverhältniß nicht im Wege, gegen den Vater die actio de dolo, diese letztere aber ihren Grund in der laesio immodica haben, mithin wäre damit der Character der laesio immodica, also der laesio enormis, als eines dolus, und zugleich die Anfechtbarkeit eines Vergleiches wegen laesio enormis ausdrücklich anerkannt. Allein die hier erwähnten Worte: „si immodice laesa est“ dürfen nicht gedeutet werden auf die s. g. laesio enormis. Vielmehr hat es damit folgende Bewandniß: Unstreitig kann jeder Vergleich wegen erwiesenen Betrugs mit der actio de dolo angefochten werden. Allein Anstellung dieser Klage ist nur gestattet, wenn der Umfang der Verletzung ein einigermaßen erheblicher: neque enim passim, sagt Ulpian in L. 9. § 5. D. de dolo malo (4, 4), haec actio indulgenda est. Nam ecce in primis, si modica summa sit. Id est fügt Paulus in L. 10. D. eod. hinzu, usque ad duos aureos non debet dari. In offenbarer Beziehung nun auf dieses „si modica summa sit“ heißt es in unserer L. 5. C. de dolo malo: si laesa est immodice. Kann demnach das Gesetz nicht auf die laesio enormis bezogen werden, so fällt damit jeder für die rechtliche Natur der laesio enormis als eines präsumtiven dolus daraus gezogene Schluß weg. Wäre die Beziehung jener L. 5. C. cit. zu unserer Lehre unzweifelhaft, so würde es kaum zu begreifen sein, daß nicht einer der Vertheidiger der Ausdehnung der L. 2. C. de rescind. vendit. sich auf dieselbe, als auf ein Hauptargument, berufen.

Digitized by Google

weil Verletzungen über die Hälfte einer Betrüglichkeit (von Seiten des Verkäufers) fast gleich geachtet werden." — Während er aber so auf der einen Seite die Ansicht des Esthländischen Ritterrechts unrechter Weise verallgemeinert, beschränkt er sie zugleich eben so ungegründet. Denn warum soll, faßt man einmal die laesio enormis als einen präsumtiven Betrug, ein solcher nicht auch auf Seiten des Käufers angenommen werden können, wenn dieser z. B., den dem Verkäufer unbekannten höheren Werth der Sache kennend, und den Irrthum des Verkäufers benutzend, dieselbe unter der Hälfte ihres Werthes ersteht? Es ist diese Behandlungsweise der Rechtsquellen im Einzelnen eben so willkürlich und tadelnswerth, als die Ausdehnung und subsidiäre Anwendung der Bestimmungen eines der drei Provincialrechte auf die übrigen, ein Verfahren, das, consequent durchgeführt, alles Provinzialrecht von Grund aus vernichtet.

So bestimmt nun auch im Allgemeinen das Esthländische Ritter- und Landrecht sich für die Ausdehnung der L. 2. C. de rescind. vendit. ausspricht, so zweifelhaft kann doch im Einzelnen der Umfang dieser Ausdehnung sein. Es ist dies in besonderem Maße der Fall beim Vergleich. Leider müssen wir auch hier wieder uns gegen den Verfasser der „Darstellung" erklären. Dieser sagt a. a. O.

> § 3228. Ist einer der Contrahenten im Vergleich über die Hälfte des wahren Werths seiner un-

streitigen Ansprüche verletzt worden, so kann er von dem geschlossenen Vergleich zurücktreten.

Zuförderst ist hier der Ausdruck „seiner unstreitigen Ansprüche“ etwas unklar. Soll damit gesagt sein: „wenn ein Contrahent weniger als die Hälfte von dem, was er unstreitig zu fordern hatte“ erhält? Aber dann würde der Begriff des Vergleichs wegfallen, dessen Wesen der Verfasser selbst a. a. O. in die Ungewißheit und Zweifelhaftigkeit der verglichenen Ansprüche setzt. Vielmehr scheint der Verfasser dies gemeint zu haben: ist der eine Vergleichscontrahent in Beziehung auf einen Punkt, den die Parteien für unstreitig hielten, auf den mithin der Vergleich sich nicht unmittelbar bezog, über die Hälfte verkürzt worden, so soll er den ganzen Vergleich anfechten dürfen. Allein von solcher Modification weiß wiederum das Esthländische Recht, einstweilen zugegeben, daß dasselbe überhaupt Aufhebung des Vergleichs wegen laesio enormis gestatte, nichts. Jene Modification hat der Verfasser auch nicht aus dem gemeinen Recht entlehnt, denn dem Römischen Recht ist sie ebenfalls unbekannt, sondern lediglich aus den Schriften eines, freilich sehr gewichtvollen Juristen, nämlich Thibaut's.[48]) Indeß kann dessen singuläre Ansicht wohl nicht als Esthländisches Recht gelten, abgesehen davon, daß sich an der Richtigkeit derselben mancherlei Zweifel erheben lassen. Wenn endlich der Verfasser also argumentirt: „Das

48) Thibaut, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. Th. II. Abh. 11.

Esthländische Ritter- und Landrecht verordnet bei Verträgen im Allgemeinen, daß sie wegen Verletzung über die Hälfte angefochten werden können, mithin muß dasselbe auch für den Vergleich gelten, da dieser nicht speciell ausgenommen ist", so scheint er die besondere Natur des Vergleichs, als eines beiderseitigen Verzichts, außer Acht gelassen zu haben. Will man die Anfechtbarkeit eines Vergleichs wegen laesio enormis überhaupt für das Esthländische Recht behaupten, so scheint dies nur aus dem Gesichtspunkt der laesio enormis als eines präsumtiven dolus, wie das Esthländische Ritterrecht ihn annimmt, geschehen zu können. Denn daß bei erwiesenem Betruge der Vergleich unkräftig sei, ist auch nach gemeinem Recht nicht zu bezweifeln.

Ueber das Rechtsverfahren selbst gibt das Esthländische Ritter- und Landrecht keinen ausdrücklichen Aufschluß. Indeß liegt es hier in der Natur der Verkürzung über die Hälfte, als eines dolus praesumtus, daß nur von einer persönlichen Klage auf Wiederaufhebung des an sich gültigen Vertrages die Rede sein könne. Dafür sprechen auch die Ausdrücke der betreffenden Gesetzstellen. Der Verletzte soll, nach Buch IV. Tit. 1. Art. 10. „sothanen Vertrag wohl anfechten", nach Tit. 13. Art. 4. „sothanen Verkauf widerrufen". Doch steht ihm dieses Recht nur binnen Jahr und Tag zu. Es verordnet nämlich das Ritter- und Landrecht

> Buch IV. Tit. 21. Art. 9: Wird jemand durch einen Vertrag, Kauf, Tausch oder dergleichen auf ein Merkliches, über die Hälfte vervortheilet; so mag er solchen Handel widerrufen binnen Jahr

und Tag; nach solcher Zeit aber wird er damit nicht gehöret.

Diese durchaus eigenthümliche Bestimmung erklärt sich wohl aus der gewöhnlichen einjährigen Verjährungsfrist des Deutschen Rechts, die in dem Esthländischen Ritter- und Landrecht häufiger vorkommt. [49]) Daß übrigens von einer Anwendung derselben auf die Stadtrechte, wie auf die Provincialrechte überhaupt nicht die Rede sein könne, bedarf wohl kaum der Erwähnung.

2) Das in den Städten Reval, Hapsal und Wesenberg recipirte Lübische Stadtrecht enthält über die laesio enormis eine besondere Bestimmung nicht. Während nun die übrigen Städte Esthlands in privatrechtlicher Hinsicht dem allgemeinen esthländischen Provincialrecht unterworfen sind, als dessen Quelle auch diejenigen Bestimmungen des Ritter- und Landrechts die nicht den Adel insbesondere betreffen, gelten, [50]) muß in den drei genannten die Verletzung über die Hälfte, eben so wie in Livland, nach den oben entwickelten Grundsätzen des gemeinen Rechts behandelt werden.

§ 8.

Das Curländische Recht.

Wir unterscheiden wiederum das Land- und Stadt-

---

49) Vgl. F. G. v. Bunge, Liv- und Esthländisches Privatrecht. § 194.

50 v. Bunge, Wie kann der Rechtszustand Liv-, Esth- und Curlands am zweckmäßigsten gestaltet werden? Riga und Dorpat 1833. § 4. S. 13.

Digitized by Google

recht. In dem ersteren finden sich auch hier besondere Bestimmungen über unsre Controverse, und zwar sowohl in den im Jahre 1611 verfaßten s. g. Piltenschen Statuten, die meist aus dem alten einheimischen Gewohnheitsrechte geschöpft, von dem Könige Sigismund III. von Polen ausdrücklich bestätigt worden sind, als in den Curländischen oder Ordenschen Statuten vom Jahr 1617. [51]) In dem ersteren heißt es

> Theil II. Titel 8. § 3: Wann der Vorkäuffer von dem Käuffer in dem Kauffgelde über die Helffte des billigen Wertts, ubervortelt, so kann der Kauff hinterzogen werden, doch stehet in des Kauffers Willkühr, das gekauffte wieder zu geben, oder den billichen Wertt deßelben zu ersetzen, welches dann auch in Tauschung und Werelung der Gütter, Verträgen und Theilung statt hat.

Im Allgemeinen enthalten diese Worte nur eine gesetzliche Bestätigung der in der gemeinrechtlichen Praxis jener Zeit gäng und gäben Ansichten. Auffallend ist indeß 1) die Nichterwähnung des Käufers, 2) die Ausdehnung auf den Vergleich, denn daß dieser letztere mit den Worten „Verträgen und Theilung“ gemeint sei, dafür spricht theils die Stellung dieser Worte nach den voran aufgeführten speciellen Arten der Verträge überhaupt, wodurch sie selbst einen specielleren Sinn bekommen, theils der Umstand, daß das Wort Vertrag auch sonst wohl in den Piltenschen Statuten in der Bedeutung von

---

51) v. Bunge ebendaselbst § 3. S. 7.

Vergleich gebraucht wird. Es scheint dies wenigstens sich aus Titel 14. § 1. zu ergeben, worin, mit unzweideutiger Beziehung auf die Streitfrage, ob ein Vergleich wegen späterhin aufgefundener Urkunden angefochten werden könne, gesagt wird: „alle ehrliche Vorträge soll man halten, obgleich hernach andere Urkunden gefunden werden, darauß einem Theil mehr Recht, den dem anderm zuständе."

Die erwähnten Curländischen Statuten dagegen bestimmen in

§ 102. Si quis fraude venditoris ad rem aliquam magnam quingentorum florenorum pretium excedentem, emendam inductus, ultra dimidium iusti pretii deceptus fuerit, propter ingentem deceptionem contractus ad aequalitatem, et pretium ad id, quod iustum et aequabile iudici videbitur, reducendus, aut, si id facere venditor recusaverit, emtio et veuditio rescindenda erit, eatenus tamen, ut haec laesio intra annum et diem in iudicium deducatur.

Dieser Paragraph, der einzige der in den Curländischen Statuten von der laesio enormis handelt, enthält eine Reihe interessanter Singularitäten, so daß man fast zu vermuthen geneigt sein möchte, er verdanke seine Aufnahme eben den mancherlei Abweichungen vom gemeinen Recht. Es ist nämlich

1) der Gesichtspunkt der laesio ultra dimidium, als einer species des Betruges ganz unzweideutig ausgesprochen: si quis fraude venditoris — — ad rem

emendam inductus, ultra dimidium iusti pretii deceptus fuerit. Wahrscheinlich haben auch hier die Schriften gemeinrechtlicher Practiker, namentlich Gail's, eingewirkt. Wie wichtig dieser veränderte Gesichtspunkt für die Behandlung der ganzen Lehre, ist bereits oben erörtert worden.

2) Bleibt man streng bei den Worten stehen, so ertheilen die Curländischen Statuten das Recht wegen laesio enormis sich zu beschweren, nur dem Käufer: si quis fraude venditoris ad rem aliquam - - - emendam inductus, ultra dimidium iusti pretii deceptus fuerit - - aut si id facere venditor recusaverit etc. Es ist dies freilich im Allgemeinen dem Standpunkt der laesio enormis, als eines Betruges, durchaus gemäß. Der Verkäufer wird ohne Zweifel in der Regel den Werth seiner Sache besser kennen, als der Käufer, und dadurch eher zum Betruge Gelegenheit haben. Allein undenkbar ist das umgekehrte Verhältniß nicht, wie wir schon oben gegen den Verfasser der „Darstellung u. s. w." ausgeführt haben. Es fragt sich also, ob nicht auch über die Worte des § 102 hinaus eine Anwendung desselben auf den verletzten Verkäufer anzunehmen sei. Dies scheint um so mehr, erwägt man die Möglichkeit, ja die Wahrscheinlichkeit, daß die Verfasser der Curländischen Statuten von der Aufhebung des Kaufvertrages wegen laesio enormis überhaupt handeln wollten und nur zu concret an dem Beispiel des Käufers erörterten, was ihrer Absicht nach beim Kauf überhaupt gelten sollte.

Digitized by Google

3) Die Statthaftigkeit der Anfechtung eines abgeschlossenen Kaufvertrages propter laesionem enormem wird beschränkt auf Gegenstände, die mehr als 500 Gulden kosten: „ad rem aliquam magnam, quingentorum florenorum pretium excedentem.“ Hier ist auffallend, wie man zu einer Beschränkung überhaupt, und dann gerade zu dieser Gränze gekommen. Für Beides dürfte sich eine genügende Erklärung in Folgendem bieten. Die L. 2. C. de rescind. vendit. sagt: „rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, etc.“ Diese Anfangsworte, die offenbar in Beziehung zu dem folgenden „minoris distraxerit“ stehen, faßte man irrthümlich als eine Beschränkung der Anwendbarkeit des Gesetzes auf besonders werthvolle Gegenstände auf, und sah sich, um hierbei die richterliche Willkühr möglichst auszuschließen, nach einer festen Gränze für res maioris pretii um. Dabei fielen den Verfassern die 500 solidi, die als Gränze bedeutenderer Schenkungen vorkommen, ein, und so übertrugen sie diese auch auf die vorliegende Lehre. Die Richtigkeit dieser Hypothese gewinnt einige Bestätigung durch die durchaus gleiche Wortwendung, deren die Verfasser der Statuten in beiden Fällen sich bedienen. Sie sagen in § 86, bei Gelegenheit der Schenkungen: „Donationes omnes, etsi licitae sint, tamen cum quaedam sapiant prodigalitatem et suspicionem, quod fraudibus et blanditiis extortae magis, quam ex amore impetratae sint, idcirco excedentes summam quingentorum florenorum Poloniae non-

nisi publica insinuatione iudiciali praecedente permitti“ etc., während es in unserm § 102 heißt: „quingentorm florenorum pretium excedentem“ u. s. f. Diese Uebertragung der Gränze von 500 Floren bei Schenkungen auf die laesio enormis mag außerdem noch durch den verwandten Gesichtspunkt, den die Compilatoren für beide aufstellen, veranlaßt worden sein. Die das Maaß von 500 floreni übersteigende Schenkung erweckt, nach ihrer Ansicht, wenn die Insinuation unterbleibt, ebenfalls den Verdacht des Betruges: - - - sapiant suspicionem quod fraudibus et blanditiis extortae magis, quam ex amore impetratae sint.“ Demnach möchte man fast glauben daß ihnen die Summe von 500 floreni das Maaß erlaubter Betrügerei gewesen sei.

4) Die L. 2. und 8. C. de rescind. vendit. geben dem Käufer das Recht, sich von allen ferneren Ansprüchen des Verkäufers frei zu machen durch Nachzahlung dessen, quod deest iusto pretio. Es soll der wahre Preis, den die Sache zur Zeit des abgeschlossenen Kaufcontracts gehabt hatte, ergänzt werden. Die Curländischen Statuten hingegen stellen die Bestimmung der nachzuzahlenden Summe dem billigen Ermessen des Richters anheim: „contractus ad aequalitatem, et pretium ad id, quod iustum et aequabile iudici videbitur, reducendus.“ Diese Verschiedenheit der Bestimmung erklärt sich hinlänglich aus dem veränderten Gesichtspunkte. Ist nach der L. 2. C. cit. der Kauf ungültig, weil ihm ein wesentliches Erforderniß, das

Digitized by Google

pretium, fehlt, so kann er nur bei Kraft bleiben, wenn dieses Hinderniß beseitigt wird. Wo aber gleichsam unter den Augen des Gesetzes das pretium ins Leben tritt, kann dies nur das verum et iustum pretium sein. Erscheint dagegen die Verletzung über die Hälfte vorzugsweise als ein Betrug, so kann es auch nur auf Ausgleichung der Uebervortheilung ankommen, und hier ist die Provocation auf das billige Ermessen des Richters ganz angebracht.

5) Die Curländischen Statuten beschränken, wie das Esthländische Ritter- und Landrecht, die Anfechtbarkeit des Vertrages wegen laesio enormis auf die kurze Frist von Jahr und Tag. Wahrscheinlich gleichfalls aus dem Gesichtspunkte der Deutschrechtlichen Verjährungslehre, wiewohl auffallend ist, daß außerdem in den Statuten diese kurze Verjährungsfrist nicht vorkommt.

Es leidet keinen Zweifel, daß die Bestimmungen der Curländischen Statuten, gesetzt auch daß dieselben nicht aus der Praxis geschöpft waren, doch sehr bald in dieselbe Eingang fanden. Dies erhellt vorzugsweise aus einem nicht viel später, um die Mitte des 17ten Jahrhunderts für Curland verfaßten, wiewohl ebenfalls nicht bestätigten Gesetzentwurf, das Derschau'sche Landrecht genannt, in welchem wir die obigen Bestimmungen, nur mannigfach erweitert, wiederfinden.

Ich kann nicht umhin, hier die auf unsre Lehre sich beziehenden Paragraphen jenes Gesetzentwurfes, der, wie so viele Rechtsquellen der Provincialrechte leider nur in

Digitized by Google

noch dazu nicht zahlreichen Handschriften existirt, hier mitzutheilen. Es heißt daselbst:

> Theil II. Buch II. Abschn. 3. Tit. 7. § 29 und 30: „Wenn Einer aus Betrugs des Verkeuffers, Einne Sache die sich über 500 fl. erstrecket, zu Kauffen verredet, vnd über die helffte des rechten wehrts übersetzet wirdt; So soll vmb des großen übersatzes, vnd betrugs willen, der Kauff vndt Handell zu gleichen, vnd der Kauff Schillingk wie dem Richter bedünken wirdt, zur Billigkeit, gebracht werden, Vnd wo sich der Verkauffer hierin verweyerte, der Kauff gantz auffgehoben, Vnd kraftlos erkannt werden, Jedoch daß Solche laesion, vnd über Vortheillung Innerhalb Jahr vnd tags, anhengig gemacht werden, welche laesio auch per modum exceptionis kann beygebracht werden. § 30: Waß aber der rechte werth eines Verkaufften Guhts sey soll aus dem abgenommen werden, wie hoch vndt theuer dasselbe zur Zeit des Kauffs in Gemeinen wehrt, in Kauffen vnd Verkauffen gegolten vnd genommen worden, obgleich daßelbe zu vor oder Hernach in höheren oder geringern Preis gewehsen oder seyn würde."

Der erste dieser beiden Paragraphen ist eine reine Uebersetzung des § 102 der Curländischen Statuten, und in so fern von geringerem Interesse. Dagegen finden wir in § 30. eine interessante, wenige Auslassungen abgerechnet, wörtliche Uebereinstimmung mit den oben

Digitized by Google

§ 6. S. 159. mitgetheilten Endworten des Engelbrecht v. Mengdenschen Entwurf's eines Livländischen Landrechts: sei es nun, daß eine dieser Arbeiten unmittelbar aus der andern, oder daß beide aus einer gemeinsamen Urquelle schöpften. Das letztere ist wenigstens nicht undenkbar, da Engelbrecht v. Mengden, der eine Zeit lang Landnotar des Gerichts in dem Piltenschen Kreise gewesen [52]), jedenfalls mit den Ansichten und Schriften der Curländischen Practiker damaliger Zeit vertraut war. Weiter heißt es in dem Derschau'schen Landrecht a. a. O.

> § 31: Solch beneficium L. 2. C. de rescind. vendit. soll auch Stadt haben in locatione et conductione, In Miethen Vnd Vermiehten, wie auch in Theilung der Gühter, So gemein ist, dergleichen, So einem Creditori, für Geldt Schulden, von seinen Schuldener In Bezahlung derselben Haab und Gühter angegeben, vnd Er darin über die helffte betrogen worden.
>
> § 32: Die Transactiones vnd Verträge, darinnen Einer über die Helffte vervortheilet, sollen auch Hiedurch auffgezohgen seyn; Es wehre denn, daß die Parten super laesione ipsa wissentlich transigiren; In welchem Fall Solches remedium nicht Stadt haben soll.

Eine so ausdrückliche Anwendung der L. 2. C. de resciud. vendit. auf die Miethe, finden wir außerdem

---

52) Vgl. § 8. der Piltenschen Regimentsformel vom 9ten Mai 1617.

nur bei dem Verfasser der „Darstellung“. Selbst das Esthländische Ritterrecht redet nur von Verträgen im Allgemeinen. Eben dasselbe gilt in Betreff der cessio bonorum. Auf die Theilung wird die L. 2. C. cit. auch im § 3. der Piltenschen Statuten angewendet. Die Ausdehnung endlich auf den Vergleich, ist auch dem Esthländischen Ritterrecht bekannt. Eigenthümlich indeß ist dem Derschau'schen Landrecht die ausdrückliche Bestimmung, daß durch den Verzicht, so wie durch die Erklärung eines Majorennen Verkäuffers, daß falls die verkaufte Sache mehr werth sei, als das empfangene Kaufgeld, der Ueberschuß dem Käufer geschenkt sein solle, die Anfechtung wegen laesio enormis ausgeschlossen werde. Es verordnet nämlich a. a. O.

> § 33: Sollte ein Majorenis, der über seine 22 Jahr ist, im Contract der transaction diese Clausul einsetzen lassen, Vndt diese Cautell gebrauchet haben, daß er seinen Käuffer, wo Ferne das verkäuffte Ding mehr Vnd höher von würden, als das erlangte Kauff Geldt, daß übrige wollte verehret haben; So soll die exceptio laesionis ultra dimidium als dann nicht Stadt haben.

Die gegenwärtige Curländische [53]) Praxis hat all diese Bestimmungen in sich aufgenommen. Sie gesteht sowohl dem Käufer als dem Verkäufer die Anfechtung

---

53) Die Mittheilung der hierauf bezüglichen Notizen verdanke ich der bereitwilligen Güte des Herrn Oberhofgerichtsadvocaten Neumann in Mitau.

Digitized by Google

eines Kaufvertrages wegen laesio enormis zu, und zwar jenem, nach § 102 der Curländischen Statuten, diesem nach L. 2. C. de rescind. vendit. Auch die 500 floreni der ersteren hat sie recipirt, und zwar werden, nach mehrfachen oberhofgerichtlichen Präjudicaten, dieselben zu 75 Rubel Silber Münze, ein Floren Poln. also zu 15 Kopeken Silber, berechnet. Beträgt das Kaufobject weniger als diese Summe, so wird die laesio enormis nicht berücksichtigt. Ob diese Beschränkung auch da angewendet werde, wo der Verkäufer wegen laesio enormis klagt, ist mir unbekannt geblieben. Consequent müßte sie hier wegfallen, da man dem Verkäufer das Anfechtungsrecht auf Grundlage der L. 2. C. de rescind. vendit. einräumt, der jede solche Begränzung durchaus fremd ist. In Betreff der Ausdehnung endlich auf andre Rechtsgeschäfte hat die Curländische Praxis sich entschieden dahin ausgesprochen, daß bei allen onerosen Verträgen die aus der laesio enormis hervorgehenden Rechtsmittel und Folgen für beide Theile gleich Statt finden.

2) Die besonderen Rechtsquellen der einzelnen Curländischen Städte enthalten über die vorliegende Lehre gar keine Bestimmungen, daher hier nach den oben entwickelten Grundsätzen des Landrechts entschieden wird.

VI.

Die Geschlechtsvormundschaft nach Livländischem Recht.

Von Joh. Ludw. Müthel,
ehemaligem Prof. des Livländischen Rechts in Dorpat.

Bereits im Jahre 1817 beabsichtigte der verstorbene Landrath G. J. v. Buddenbrock die Herausgabe der von dem ehemaligen Professor Müthel hinterlassenen Collegienhefte, so weit sie das Livländische Recht betreffen, und gab einen detaillirten Plan dazu im Druck heraus. Die Ausführung unterblieb damals, vielleicht wegen Mangel an Theilnahme, der wohl in dem großen Umfange des Unternehmens seinen Grund haben mochte. In der That dürfte sich auch der größere Theil des Müthelschen handschriftlichen Nachlasses, der in der Dorpater Universitäts-Bibliothek aufbewahrt wird, zur vollständigen Bekanntmachung nicht eignen [1]): wohl aber finden sich darin einzelne Ausführungen, welche der Veröffentlichung werth sind. Derartige Bruchstücke werden die Herausgeber in diesen Erörterungen von Zeit zu Zeit mittheilen; bitten jedoch, dabei nicht unbeachtet zu lassen, daß Müthel vor dem Jahre 1812 schrieb, wo das Deutsche Recht noch lange nicht auf der hohen Stufe wissenschaftlicher Bearbeitung stand, als gegenwärtig.

Die Herausgeber.

---

1) Nähere Nachrichten über den Inhalt dieses Nachlasses finden sich in dem angeführten Programm v. Buddenbrock's, desgl. in E. G. v. Bröcker's Jahrb. für Rechtsgelehrte in Rußland. Bd. I. S. 229 fgg. und in Recke's und Napiersky's Schriftsteller- und Gelehrten-Lexicon. Bd. III. S. 291 fg.

Digitized by Google

§ 1.

Einleitung.

Zu den dinglich-persönlichen Rechten des weiblichen Geschlechts gehört bloß die Geschlechts-Curatel und Tutel der Weiber als solcher, ohne Rücksicht auf das Alter, daher sie auch perpetua heißt. Sie ist theils als beneficium, theils als odium iuris zu betrachten, aber im Livländischen Recht in vierfacher Hinsicht controvers.

1) In Betreff der Frage: Existirte sie je bei uns wirklich? auch in außergerichtlichen Angelegenheiten? denn bei gerichtlichen ist sie nicht streitig [2]). Die Praxis schwankt hier. Dies ersieht man aus den wiedersprechenden Notizen in dem noch ungedruckten Speculum iuris Livonici von Janckiewitz sub. v. Frauenzimmer. Im § 1 — 3 unterstützt J. zwar die von ihm behauptete Affirmative mit mehreren Präjudicaten des Livländischen Hofgerichts, theils aus dem 17ten, theils aus dem 18ten Jahrh. bis 1774. Im § 4 dagegen behauptet er gerade das Gegentheil: „eine Wittwe könne in ihren Verwaltungs-Angelegenheiten absque curatore agiren, indem darüber kein Gesetz vorhanden sei, welches es für ungültig erkläre, wenn sie ohne Curator über ihr Vermögen disponire.“ Den Grund dieses Widerspruchs findet man darin, daß das Hofgericht auf einmal seine Grundsätze geändert habe, nach dem angeführten Bescheid desselben vom 23ten Februar 1781 in Sachen der Hofräthin Adamowitz wi-

2) Livländisches Ritterrecht Cap. 42, 43 und 175. Königl. Schwed. Briefe vom 20. October 1687 und 26. Jan. 1688.

der den General v. Hartwiß. Die Unrichtigkeit dieser letztern Ansicht wird unten § 2 nachgewiesen werden. Diese Controverse hat aber nicht bloß eine historische, sondern auch eine practische Bedeutung, denn gleichfalls streitig ist bei der Affirmation dieser ersten Streitfrage:

2) ob diese beständige Unmündigkeit des weiblichen Geschlechts nur ehemals, oder noch jetzt bei uns gilt? v. Buddenbrock [3]) meint, daß in Folge der wiederhergestellten Verfassung Livlands durch Kaiser Paul im J. 1797 privilegienmäßig dem weiblichen Geschlecht überhaupt nur mit Zuziehung von Curatoren über sein Vermögen zu disponiren zuzugestehen sei. Doch schwankt er selbst, durch den Zusatz: „wenigstens bei gerichtlichen Vorfällen bedürfen sie eines Curator ad litem," wovon hier aber nicht die Rede ist. Dagegen an einem andern Orte [4]) bringt er gegen das Provincialrecht neuere Reichsgesetze in Anwendung; doch wieder zu unbedingt. Es wird sich nämlich unten ausweisen, daß durch das hier gemeinte Gesetz vom Jahre 1785 die Geschlechtstutel und Curatel nur zum Theil, nicht gänzlich, endigte.

3) Die dritte Streitfrage besteht darin, ob diese Auszeichnung des weiblichen Geschlechts als odium oder als beneficium iuris zu betrachten sei? Besonders auch in dieser Rücksicht müssen zwei Perioden, vor und nach

3) Sammlung der Gesetze ꝛc. Bd. I. S, 67 Anm. f. zum Ritterrecht Cap. 42.

4) Ebendas. S. 76, Anm. d zum Ritterrecht Cap. 50, verglichen mit S. 64, Anm. d zum Ritterrecht Cap. 40.

Digitized by Google

1785, unterschieden werden. Denn vorher war es allerdings Zwang, und erst seit 1785 bis jetzt ist es zum Theil bloße Rechtswohlthat, kein odium iuris mehr. Aber schon lange vor 1785 schwankte auch hier die Praxis, wie das Budberg-Schradersche Landrecht [5]) beweist. Es behandelte nämlich diese Tutel und Curatel der Weiber selbst in außergerichtlichen Sachen, irrig als eine ihrer freien Wahl schon damals anheimgestellte Rechtswohlthat. Die zur Revision dieses Landrechtsentwurfs in St. Petersburg niedergesetzte Commission strich aber die betreffende Stelle, und änderte sie mit der Bemerkung: „daß curatores zu haben, dem weiblichen Geschlechte nothwendig sei.“ Die letzte in der Praxis streitige Frage ist:

4) ob es eine bloße cura oder auch tutela perpetua sei? d. h. beschränkt sie die Curandin bloß in der allgemeinen Disposition über ihr Vermögen oder auch über ihre Person? Gewöhnlich behandelt man sie nur als Curatel, und mehr ist sie in der Regel auch jetzt nicht, aber dennoch war sie Anfangs eine wirkliche beständige Tutel. Gegenwärtig äußert sich dies indeß nur bei der Verheirathung dieses Geschlechts, und, nach derselben, bei der tutela legitima mariti.

§ 2.

I. Begründung der Geschlechtstutel.

A. Für den ersten Zeitraum, bis zum Jahre 1785.

Das weibliche Geschlecht stand in Livland unter ei-

5) Buch II. Titel 7 § 6.

ner beständigen Curatel und Tutel, und zwar einer wirklichen Zwangstutel der Art, die primär als odium, nur secundär als beneficium iuris zu betrachten war. Dies erweisen sowohl unsre angestammten, als auch die Schwedischen Rechtsquellen.

Unsre Stammrechte stützen sich hier auf eine zwiefache Quelle, theils hauptsächlich auf das Germanische, theils auf das Esthländische Recht. Das Deutsche, und hauptsächlich das Sächsische Recht unterscheidet eine zwiefache Curatel dieser Art: cura s. tutela legitima sexus sequioris, als die ältere, heißt danach diejenige Geschlechtscuratel, bei welcher die Person des Curators durch Gesetze oder Herkommen bestimmt wird. Dahin gehört in neuern Zeiten, nachdem sich die Altgermanischen Begriffe von der Vormundschaft der nächsten männlichen Agnaten über ihre weiblichen Verwandte immer mehr verloren, hauptsächlich nur noch die tutela legitima mariti. Die Gewalt dieses ehelichen Vormundes ist es auch vorzugsweise, die sich jetzt noch sowohl auf die Person als auf das Vermögen seiner Curandin erstreckt. Ohne Vergleich beschränkter sind die Rechte des neueren Sächsischen [6]) curator dativus. Eine bloße cura dativa ist nämlich diejenige Geschlechtscuratel bei der die Person des Curators nach eigener Wahl seiner

6) Der Verf. folgt hier Runde (Deutsches Privatrecht § 632), der jedoch mit Unrecht das Institut der Geschlechtsvormundschaft bloß auf Sachsen beschränkt, da es auch in Süddeutschen Rechten vorkommt. S. Eichhorn's Einl. in das Deutsche Privatrecht §§ 326. Mittermaier's Grundsätze des Deutschen Privatrechts (5. Ausg. 1838.) § 430, beſ. Anm. 15 u. a.
Die Herausgeber.

Curandin, unter Bestätigung der Obrigkeit, bestimmt wird. Ein solcher Curator eines Frauenzimmers ist eigentlich nur ihr Rathgeber, und seine Curandin nur zu ihrem eigenen Besten, nicht absolut verpflichtet, seinem Rath zu folgen. Er hat also keine eigentliche potestas, so wenig über ihr Vermögen, als noch weniger über ihre Person. Diese neueren Sächsischen Begriffe waren es nun, welche zwar schon das Budberg-Schraderſche Landrecht a. a. O. aufnahm, die aber dennoch die St. Petersburgische Revisionscommission damals mit vollem Recht abänderte und emendirte, weil keinesweges diesem neueren, sondern dem älteren Sächsischen Rechte, besonders unsere zu jener Zeit noch in dieser Lehre geltenden Stammrechte folgten. Sie sprechen daher auch nur von einer legitimen perpetuellen Geschlechtstutel, nicht nur des Ehemannes, sondern auch des nächsten männlichen Agnaten, wenn auch nur gelegentlich, denn sie setzen dieselbe bei ihren Bestimmungen als bekannt voraus.

Aus dem Livländischen Ritterrecht gehören hierher folgende Beweisstellen:

1) aus dem Sachsenspiegel geschöpfte: a) Capitel 41 aus Ssp. B. I. Art. 41. Es spricht von Klagen, nicht bloß unverheiratheter Frauenzimmer, sondern auch der Wittwen gegen ihre Vormünder (nicht bloß Curatoren), und zwar darüber, „dat se an erem gude unde an eren saken (also überhaupt) nicht vörstentlick syn (ihre Curandinnen nicht so vertreten haben), als se van recht don scholden“. Daß die Buddenbrock'sche Ueberſetzung 7)

7) S. dessen Sammlung der Gesetze. Bd. I. S. 65.

von zugeordneten Vormündern spricht, bringt den hier ganz fremden Begriff von einer bloßen cura dativa herein. b) Cap. 42. Mit Ausschluß der nicht hierher gehörenden Endworte, die von dem Curator ad litem eines Frauenzimmers handeln, ist der übrige Inhalt dieses Capitels aus dem Sachsenspiegel Bd. I. Art. 45 entlehnt. Auffallend ist hier zwar, daß gerade der Anfang dieses Artikels weggelassen ist, wo im Allgemeinen die Rede ist von der zwangsweisen tutela legitima, theils des Mannes über seine Frau, theils bei Wittwen des nächsten Schwertmagens und zwar der Curandin selbst, nicht ihres verstorbenen Ehemannes. Doch ist dagegen die speciélle darauf gestützte Verfügung, die danach folgt, in unser Ritterrecht hier aufgenommen. Es wird nämlich der unter ehelicher Vormundschaft stehenden Ehefrau weit weniger Mündigkeit hinsichtlich der Disposition über ihr Vermögen beigelegt, als den unter einer Vormundschaft anderer Art stehenden Wittwen und Jungfrauen, es sei denn ihr Vormund zugleich der nächste Erbe; also nicht als Erbe gerade war ihr nächster Schwertmagen tutor legitimus derselben, sondern als Verwandter. Endlich gehört noch hierher Ritterrecht Cap. 40, geschöpft aus dem Ssp. B. I. Cap. 42, insofern es danach bloß beim männlichen, nicht beim weiblichen Geschlecht bestimmte Jahre der Mündigkeit gab. Also ward das weibliche Geschlecht damals nie mündig, und ebendaher stand es nothwendig unter beständiger Tutel.

2) Aus dem Waldemar-Erichschen Recht geschöpft ist Ritterrecht Cap. 49. Es ist insofern gleichfalls eine Hauptbeweisstelle, als hier eine doppelte Vormundschaft

zweimal, sowohl zu Anfang als zu Ende des Capitels, unterschieden wird, indem nämlich von Vormündern der Frauen überhaupt gesprochen wird, im Gegensatz der Vormünder der Kinder. Wichtig ist ferner, daß es hier von beiden Arten von Vormündern heißt: „de schall se unde er gudt vorstan," also wieder nicht bloß cura bonorum.

Unter den angestammten Rechtsquellen ist hier auch noch die „neue Gnade des Erzbischofs Sylvester" vom 6. Februar 1457 § 3 und 4 anzuführen; jedoch nur insofern, als danach ein Frauenzimmer, ohne Rücksicht auf ihr Alter, ganz besonders zu ihrer Verheirathung immer des Rathes und der Einwilligung ihrer nächsten Verwandten und Vormünder bedarf. Ein neuer Beweis zugleich, daß es nicht bloß cura sondern wirkliche tutela perpetua, beschränkte persönliche sowohl- als dingliche Dispositionsfreiheit ist.

Aus dem Schwedischen Rechte mag hier nur ein zwiefacher Beweis der Geschlechtstutel als solcher angeführt werden: 1) Hinsichtlich der nöthigen verwandtschaftlichen Concession zur Ehe: die Königl. Schwedische Kirchenordnung vom 3ten Septbr. 1686 Cap. 15 § 6 spricht bei Mannspersonen, ohne Rücksicht auf ihr Alter, nur von dem nöthigen Eheconsens ihrer Eltern: „aber mit Töchtern und Jungfrauen (d. h. hier, die keine Eltern mehr haben) soll es anders, nämlich nach dem Schwedischen Gesetz und den Privilegien gehalten werden. Dahin gehört nun, was zuförderst das Gesetzbuch betrifft: Cap. 1 von Ehesachen L.L.: „Will ein Mann um ein Weib (überhaupt) werben, der soll ihren Vor-

Digitized by Google

mund und nächster Anverwandte daraus antreten.“ Hierauf wird in § 1. die Reihe, wie die Verwandten hier aufeinander folgen, bestimmt: auf den Vater, wo er fehlt, folgt erst der älteste leibliche Bruder, dann der Halbbruder, erst von der väterlichen, dann von der mütterlichen Seite u. s. w., mit der Schlußbemerkung, ein Mann müsse es sein, und kein Weib. Nur mit der Mutter Rath, wenn sie noch lebte. — Was dagegen die angeführten Privilegien betrifft, so sind die des Adels gemeint. Man ersieht sie aus Nota b. pag. 88 L. L. Sie verpönten ganz besonders jeden Fall, wo eine adlige Wittwe oder Jungfrau ohne der Angehörigen Consens heirathet. Außerdem gehört hieher 2) der Grundsatz des Schwedischen Rechts, daß es bloß für das männliche, nicht auch für das weibliche Geschlecht, Jahre der Mündigkeit gab, also die Geschlechtstutel nothwendig war. Nota b. pag 163 L. L. Vormünderordnung v. 17. März 1669 § 35 u. 36. Testaments-Stadga v. 3. Juli 1683 § 7. Aus allen diesen Stellen leuchtet hervor, daß Jungfrauen bis zu ihrer Verheirathung die Rechte der Unmündigen genießen, welche sie auch durch die Ehe nicht verlieren, indem sie alsdann unter eheliche Vormundschaft kommen.

§ 3.

B. Zweiter Zeitraum, seit 1785.

Zu den Veränderungen, welche die tutela und cura sexus durch das Russische Reichsrecht in dieser Periode erlitt, gehört zunächst, daß unsere perpetuelle Unmündigkeit des weiblichen Geschlechts als Grund der beständigen Zwangstutel desselben, also auch zugleich diese,

Digitized by Google

nothwendig mit gehoben ward; ja nicht bloß stillschweigend, sondern sogar ausdrücklich, nur nicht in specieller Beziehung auf Livland. Dies geschah durch den Namentl. Ukas vom 22. Decemb. 1785. Er stellte nämlich im § 3 ausdrücklich in Absicht des darin bestimmten Alters der Pubertät, der Mündigkeit und Großjährigkeit, und in Rücksicht der damit verbundenen Dispositionsfähigkeit beide Geschlechter einander gleich. Er ward ferner nach dem Prolog durch einen Liv-, Esth- und Finnland betreffenden Senats-Ukas veranlaßt, und soll nach § 4 allgemein, auch namentlich in denjenigen Provinzen überhaupt befolgt worden, die ihre eigenen Provincialrechte haben. Er ward daher auch bei uns sogleich als ein absolutes Reichsgesetz befolgt, nur Anfangs hier und da schwankend; und wird endlich mit Recht auch jetzt noch bei uns angewandt, obgleich v. Buddenbrock (wie § 1 bemerkt worden) von Wiederherstellung der vorigen tutela perpetua sexus durch Wiederherstellung der frühern Verfassung unter Kaiser Paul spricht. Denn dieser Ukas von 1785 stand in gar keiner Causal-Verbindung mit der zwei Jahre vorher schon (den 29. October 1783) in Livland eingeführten Statthalterschaftsverfassung, und mithin auch nicht mit der Aufhebung der letzteren im Jahre 1796 durch Kaiser Paul. Und noch weniger hob Paul's deshalb erlassener Nam. Ukas vom 28. November 1796 gar alle Ukasen Catharina's seit Eröffnung der hiesigen Statthalterschaft überhaupt für Livland auf.

Aber dieser nämliche Ukas vom 22. Decbr. 1785 hatte auch noch eine andere Wirkung: denn er begründete erst bei uns in dieser Lehre die Anwendbarkeit ei-

nes anderen früheren Reichsgesetzes, und beide legitimirten endlich erst von da an einen hiesigen Gerichtsgebrauch, der früher durchaus gesetzwidrig war, und der vollends die v. Buddenbrock'sche Oblocution damnirt. Nämlich seit der Zeit erst war es nun nicht mehr als gesetzwidrig zu betrachten, daß unsere Praxis schon früher die Begriffe des neueren Sachsenrechts (vergl. § 1 und 2) gegen unsere Stammrechte sowohl, als gegen das Schwed. Recht, recipirte, und darnach die nur als Rechtswohlthat, nicht als Zwang betrachtete, bloße cura dativa unverehelichter erwachsener Frauenzimmer und Wittwen nach eigener Wahl und Willkür derselben einführte. Die zwiefache Rechtfertigung dieser Praxis seit 1785 lag nun theils im Ukas vom 22. Decbr. 1785, theils aber auch in den bereits früher bei uns eingeführten, jedoch in diesem Punkte erst seit 1785 anwendbaren Gouvernements-Verordnungen vom 17. Nov. 1775 § 215 und 299; denn hierin derogirten ihnen zwar nach dem Nam. Ukas vom 3. Juli 1783 unsre Provincialrechte, als Fundamentalrecht, doch nur bis zur Aufhebung der perpetuellen Unmündigkeit des weiblichen Geschlechts bei uns im Jahre 1785. In der Gvts.-Verordnung a. a. O. wird nun Nr. 11 des § 215 und Nr. 10 und 11 des § 299 ein Unterschied gemacht zwischen Anwälden (kriegerischen Vormündern) und gemeinen Curatoren einer Wittwe auch für ihre außergerichtlichen Angelegenheiten. Einen Curator ad litem soll danach das Pupillengericht von Amtswegen und unentgeltlich den Wittwen für ihre gerichtlichen Angelegenheiten beilegen; ei-

nen Curator im engern Sinne dagegen nur auf das ausdrückliche Verlangen der Wittwe selbst, und zwar dazu, um ihnen in allen ihren Sachen überhaupt mit Rath und That an die Hand zu gehen. Nur muß er alle Eigenschaften eines tüchtigen Vormundes haben und aus Standesgleichen gewählt werden; wo nämlich die Wittwe nicht selbst ein Subject dazu willig machen kann, und daher die Wahl dem Gerichte überläßt. So deutet dies wenigstens die Praxis, die diese Rechtswohlthat übrigens auch mündigen Jungfrauen verstattet, gleich Wittwen, und zwar bis jetzt. Endlich durch die Aufhebung der Statthalterschaftsverfassung im Nam. Ukas vom 18. November 1796 änderte auch dies sich bei uns nur dahin, daß seitdem bloß das erste, nicht mehr das zweite gesetzliche Fundament zur Rechtfertigung dieser schon als nothwendige Folge des Mündigkeits-Ukases von 1785 zu betrachtenden neuen Lehre angeführt werden kann. Denn die Gouvernementsverordnungen gelten bei uns nach Aufhebung der Statthalterschaftsverfassung nur noch insofern, als sie das Ressort der Reichs- und Gouvernements-Regierung, des Cameralhofs und der Renterei oder der Cameralverwaltung überhaupt und des Gouvernements-Procureurs betreffen; nicht im Privatrecht und namentlich nicht in Absicht der auf vorigen Fuß retablirten Waisengerichte [8]).

8) N. U. v. 25. Decbr. 1799 u. v. 16. Aug. 1802. §. 18.

§ 4.

II. Besondere Rechte des weiblichen Geschlechts rücksichtlich der ohne curatorischen Beistand celebrirten Rechtsgeschäfte desselben.

Aus § 2 und 3 ergiebt sich von selbst, daß die Vorschriften unserer Provincialrechte überhaupt hier nicht, wenigstens nur mit großer Vorsicht angewandt werden dürfen, da sie von der ehemaligen perpetuellen Zwangstutel ausgehen, und die aufgehobene beständige Unmündigkeit des weiblichen Geschlechts voraussetzen. Dahin gehört besonders Cap. 49 des RR., indem danach im Allgemeinen die tutela sexus et aetatis einem und demselben Rechte unterworfen werden: das kann nicht mehr gelten. Auch giebt das Schwedische Recht selbst zu, daß auf bloße Curatelen, wozu jetzt die sonstige Geschlechtstutel in der Regel gehört, die Vormünder-Ordnung nicht indistinct in allen Stücken angewandt werden kann [9]), ohne daß jedoch auch andererseits weder dort, noch sonst ein bestimmtes besonderes Recht für Curatelen der Art bei uns vorgeschrieben ist, ja es wird dies a. a. O. sogar für unthunlich erklärt. — Daher die Schwierigkeiten in dieser Materie. Doch untersuchen wir hier bloß, ob und in wiefern außergerichtliche Rechtsgeschäfte mündiger Frauenzimmer ohne curatorischen Beistand an sich gültig sind, oder nicht, und unterscheiden Regel und Ausnahmen.

1. Was die Regel betrifft, so sprach zwar zu seiner Zeit ganz richtig die Negative aus das Budberg-Schradersche Landrecht (B. II. T. 7 § 6), und zwar nach der Emendation der St. Petersburger Commission: „Jungfrauen und Wittwen konnten nämlich danach ohne „Rathsfreunde und Curatoren so wenig außergerichtlich „als gerichtlich sich zu etwas verbindlich machen." Seit 1785 dagegen ist gerade umgekehrt die Affirmative, wiewohl nicht unbedingt, so doch als Regel anzusehen. Da jedoch zwar nicht mehr eine legitime und beständige Zwangstutel des weiblichen Geschlechts als odium iuris, aber doch als Rechtswohlthat eine dative Geschlechts-Curatel auf eigenes Verlangen einer Curandin

9) Not. c. 113 pag. 13 L. L.

stattfindet, so unterscheiden wir hier zunächst die nach eigener Wahl unter keiner Curatel der Art stehenden Frauenzimmer. Hier bleibt es bei der Regel. Nach dem Grundsatz beneficia non obtruduntur sind also ihre ohne curatorischen Beistand vorgenommenen Rechtsgeschäfte jetzt nicht in der Regel, sondern nur alsdann für ungültig zu halten, wenn es ein einzelner Fall der Art ist, wo die Gesetze ausdrücklich die Zuziehung eines Rechtsbeistandes, Curators, zwangsweise vorschreiben. Was dagegen die nach eigener Wahl unter dativer Curatel stehenden Frauenzimmer betrifft, so sind sie dennoch gleichfalls nicht wider Willen in jedem einzelnen Falle zur Zuziehung ihres Curators, auch nicht durchaus im Falle der Zuziehung zur Befolgung seines Raths verbunden. Handeln also solche Frauenzimmer in außerordentlichen Geschäften absichtlich ohne Zuziehung ihres dativen Curators, oder auch gegen seinen Rath, so findet ihrerseits kein Einwand der Ungültigkeit gegen ein solches Rechtsgeschäft statt, außer in dem Falle, wenn die Curandin durch Schuld des anderen Interessenten, durch List, Uebereilung oder sonst dahin vermocht ward, das in Frage stehende Rechtsgeschäft ohne Assistenz ihres, besonders gerichtlich ihr beigelegten Curators oder auch wider seinen Rath vorzunehmen. Alle diese die Regel jetzt bildenden Grundsätze beruhen jetzt zwar nicht mehr auf der Gouvernements-Verordnung § 215 Nr. 11 und § 299 Nr. 11, und daß dort einer Wittwe nur auf ihr Verlangen auch bloß als Rathsfreund ein solcher Curator beigelegt werden soll, — aber doch noch auf dem Ukas v. 22. Decbr. 1785, als wonach majorenne Frauenzimmer eben so gut als Mannspersonen das uneingeschränkte Recht haben, über ihr Vermögen selbst zu disponiren, sogar durch Veräußerung von Immobilien. Die danach in dem Budberg-Schraderschen Landrecht zu ändernden Stellen findet man theils in dem vorherangeführten § 6 Tit. 7 B. II. theils in B. II. Tit. 16 § 2 in f., wonach ohne Assistenz des beigelegten Curators, dessen Curandin gar keine bündige Handlungen zu unternehmen vermag.

2. Von Hauptausnahmen giebt es zwei Classen:

a) erste Classe, wo die Unmündigkeit und Ge-

schlechtscuratel der Weiber *sebst als Rechtswohlthat* cessirt, wo sie also überhaupt keine besondern Rechte in dieser Hinsicht genießen.

α) Insofern ein Frauenzimmer durch ein Rechtsgeschäft nicht selbst verbunden werden soll, sondern nur Andere verbindlich macht, bedarf es zur Gültigkeit desselben selbst nach unserem ältern Rechte nie eines curatorischen Beistandes derselben. Auf diesen gemeinrechtlichen Grundsatz [10]), der auch bei uns gilt, deutet sehr richtig hin das Budberg-Schraderſche Landrecht B. II. T. 7. § 6.

β) In negotiis quoad victum et amictum valide agant mulieres sine curatore [11]). Unser RR. Cap. 42 deutet auf eine ähnliche Ausnahme, indem es von der Leibzucht der Weiber spricht; geschöpft ist es aus dem Sachsenſp. B. I. Art. 45. Jungfern und Wittwen können nämlich darnach über ihre Leibzucht selbst durch Veräußerung gültig disponiren, auch ohne ihres Vormundes Einwilligung, er sei denn Erbe dazu. Nur Frauen bedürfen unbedingt dazu der Einwilligung ihrer Männer.

γ) Die dritte Ausnahme bilden alle Frauenzimmer, die auf eigene Rechnung und gegen Entrichtung eigener Abgaben dafür bürgerliche Nahrung treiben. Besonders gehören dahin die sogenannten *Kauf- oder Handelsfrauen* [12]). Nach der Russischen Stadtordnung vom Jahre 1785 § 64, 91, 92 ꝛc. kann auch ein Frauenzimmer durch Entrichtung einer Capitalsteuer Genossin einer Kaufmannsgilde werden, und genießt alsdann völlige Handels- und Gildefreiheit. Sowohl Ehefrauen, wenn sie allein, oder wenn auch beide Ehegatten separate Abgaben bezahlen [13]), als auch andere Frauenzimmer überhaupt [14]) können sich für ihre Person auf solche Weise die Handelsfreiheit verschaffen. Besonders seit dem Manifest v. 1. Januar 1807 § 4 muß eine Kaufmannsfrau, wenn sie Handelsgenossin ihres Mannes, Sohnes, Schwieger-

10) *Dabelow's* Handbuch des gemeinen Deutschen Rechts § 407.
11) Ebendaselbst.
12) Rig. Stadtrecht B. III. Tit. 6. § 5.
13) Stadtordn § 91.
14) Ebendaselbst § 64, 92.

Digitized by Google

sohnes ꝛc. werden will, sich seperat mit in die Gilde einschreiben lassen, und Capitalsteuer bezahlen; denn von jedem Handelsgenossen besonders wird dies seitdem gefordert. Ausgenommen sind namentlich nur Vater und Sohn, Großvater und Enkel und leibliche Brüder, als solche, die gegen einfache Capitalsteuer in Compagnie Handel treiben können. Der Begriff, den das Rig. StR. a. a. O. von einer Kauffrau angiebt, ist besonders nach unserer jetzigen Verfassung theils zu weit, theils zu eng: „die offene Lade und Gewicht, auch Elle und Maaß gebrauchet, und Waare feil bietet, erhandelt und kauft." Auch ist hier hauptsächlich nur von solchen Ehefrauen und von einer Ausnahme von der Regel die Rede: „daß sonst die Frauen keine Schulden ohne Wissen ihrer Ehemänner machen dürfen." Was nämlich eine Kauffrau, als solche, einkauft, ist ausnahmsweise gültig, und verpflichtet sie nicht nur selbst, sondern auch ihren Mann. — Das gemeine Deutsche Recht dagegen, zu dem wir hier aushülflich recurriren, bestimmt folgenden Begriff: Eine Kauffrau ist diejenige, die entweder allein auf eigenen Gewinn und Verlust Handel treibt, oder mit dem Manne, oder anderen Compagnons der Handlung wegen eine besondere Gesellschaft dergestalt eingegangen ist, daß sie an Gewinn und Verlust Theil nimmt, und deshalb auch separate Abgaben für diese Freiheit bezahlt. Nach dem gemeinen Deutschen Recht steht einer Kauffrau, als solcher, im Handel und Wandel zur Sicherheit desselben überhaupt gar keine derjenigen weiblichen Rechtswohlthaten zu, die sonst in bürgerlichen Rechtsgeschäften der Schwäche dieses Geschlechts und der dadurch motivirten Unmündigkeit desselben zugestanden werden zum Schutz gegen Uebervortheilung. — Sie kann daher nicht nur in ihren Handelsgeschäften auf keinen Mangel curatorischen Beistandes provociren, sondern eben so wenig kommt ihr bei ihren Intercessionen das Senatusconsultum Velleianum und die Auth. si qua mulier zu Statten ꝛc. Ob dies nicht sogar auf alle Rechtsgeschäfte

14) Vergl. hierüber die Bestimmungen des neueren Rechts in dem Swod der Handelsgesetze (Bd. XI.) Art. 13 — 51, und F. G. v. Bunge Darstellung des Rußs. Handelsrechts§ 42 — 45 und S. 236 fg.

einer solchen Kauffrau, auch außer ihrem Handel auszudehnen sei, ist zwar streitig; jedoch hat die Negative Alles für sich, die Affirmative dagegen vernichtet alle Consequenz.

b) Zweite Classe von Ausnahmen, wo dagegen eine Zwangstutel und Curatel des weiblichen Geschlechts als odium iuris ausnahmsweise noch jetzt bei uns stattfindet. Diese Ausnahmen gehören sämmtlich nicht hierher, sondern in das Eherecht. Sie sind theils subjectiv, theils objectiv. Zu den subjectiven Ausnahmen gehören: daß Ehefrauen, nach wie vor, während der Ehe unter der legitimen Tutel und Curatel ihrer Ehemänner stehen[15]), desgleichen daß beerbte Wittwen, als Beschränkung ihrer tutela legitima über ihre Kinder, deren Verwandte besonders von väterlicher Seite mit zuzuziehen haben[16]). Zu den objectiven Ausnahmen endlich gehört (doch streitig seit 1785), daß selbst mündige Frauenzimmer zu ihrer Verheirathung noch immer des Eheconsenses nicht nur ihrer Eltern, wenn diese noch leben, sondern auch, sind sie elternlos, ihrer nächsten männlichen Agnaten bedürfen[17]).

§ 5.

III. Besondere weibliche Rechte in Rücksicht der mit curatorischem Beistande celebrirten Rechtsgeschäfte.

Sie betreffen vorzüglich den Fall, wenn, ohnerachtet des curatorischen Beistandes, dennoch zum rechtswidrigen Nachtheil der unmündigen Curandin ein Rechtsgeschäft geschlossen ward. Ist es gültig oder nicht? frägt sich's hier; und an wen hält sich die Verletzte?

In der Regel ist das Rechtsgeschäft selbst deshalb

---

15) RR. Cap. 42.

16) Schwedische Vorm. Ordn. § 6. Hierher gehört besonders auch die darauf gestützte Vorschrift der Publication der Livländ. Gouv.-Reg. p. 21. Febr. 1790 wegen der sub poena nullitatis erforderlichen curatorischen Mitunterschrift unter allen solchen Instrumenten einer beerbten Wittwe, worin sie etwas vom Hauptstuhl des Nachlasses ihres verstorbenen Mannes veräußert.

17) Schwed. Kirchenordn. Cap. 15 § 6, vergl. mit Cap. 1 von Ehesachen L. L.

Digitized by Google

nicht ungültig, und die Verletzte hält sich wegen des erlittenen Schadens bloß an ihren Curator[18]).

Ausnahmsweise ist das ganze Rechtsgeschäft ungültig, wenn ohne Einwilligung der Curandin ihre Immobilien durch den Curator ganz oder theilweise veräußert, oder auch nur verpfändet werden. Zwar spricht auch hier nur unser älteres Recht, aber daher noch jetzt anwendbar, weil es die Geschlechts-Curatel hier bloß aus dem Gesichtspunkt der Rechtswohlthat, nicht als odium iuris behandelt. Die Beweisstelle ist R.R. Cap. 50. Theils muß nämlich das, was hier von Curatoren derjenigen, die zu ihren Jahren gekommen sind, jetzt auch auf das weibliche Geschlecht bezogen werden, seitdem es hierin mit dem männlichen Geschlecht gleiche Rechte ge-

---

18) RR. Cap. 32. vergl. mit Cap. 49. Damit stimmt auch überein das Budd. Schrad. L. R. B. II. T. 16. § 3, zwar nur in Beziehung auf RR. Cap. 49, welches aber daher nothwendig mit Cap. 32 verbunden werden muß, weil Cap. 49 theils sowohl von der tutela aetatis als sexus überhaupt spricht, theils für sich allein die eigentliche Hauptfrage hier unentschieden läßt. Denn ob das Rechtsgeschäft vernichtet, oder bloß der dadurch Verletzte von seinem Curator oder Vormund entschädigt werden soll, bestimmt dieses Capitel nicht, sondern bloß so viel sagt es, daß in beiden Fällen der Curande an seinem Vermögen weder durch die Omissionen noch Commissionen seines Vormunds soll benachtheiligt werden können, selbst wenn von einer gerichtlichen Verhandlung die Rede ist: „Ein vormünder mach noch frouwen, noch kinder gudt vor gerichte vorspreken, noch vorsümen.“ — Dagegen spricht das damit zu verbindende Cap. 32 theils bloß von der cura sexus, theils sagt es sehr bestimmt, daß sich Frauenzimmer bloß an denjenigen halten sollen, der ihr Recht versäumt hat: „se schuldige darum den, der se versümet heft,“ mit der hinzugefügten Ermahnung, daß so wenig Frauenzimmer, den anderen Interessenten, als diese jenen Unrecht thun, sondern beide sich an ihrem Recht genügen lassen sollten. Wegen der bei diesem Cap. 32 nothwendigen zweifachen Emendationen s. v. Buddenbrock's Bemerkungen zu demselben. Der Sinn ist aber auch ohnedies klar, was ein Glück ist, weil dies Capitel zu den wenigen gehört, die weder aus dem Sachsenspiegel noch dem ältesten RR. geschöpft sind. Es bleibt hier also nichts anders übrig, als die Berichtigung des Textes nach dem umgearbeiteten RR. B. I. Cap. 5. †)

†) Ueber die Quelle dieses Cap. des RR. vergleiche F. G. v. Bunge über den Sachsenspiegel, als Quelle des Livl. Ritterrechts (Riga, 1827. 8.) S. 95 fgg., besonders S. 106 fgg.

Digitized by Google

nießt, theils steht auch ohnedies das Cap. 50 in unmittelbarem Zusammenhange mit dem Cap. 49, welches die cura aetatis et sexus ausdrücklich einerlei Recht unterwirft und von beiden spricht [19]).

Das Resultat aller dieser Regeln und Exceptionen ist, daß die Geschlechts-Curatel, so wie es jetzt mit ihr, auch bei uns, steht, etwas sehr Entbehrliches, und häufig nur eine Quelle der Chicane, also entweder ganz abzuschaffen, oder weniger lax zu behandeln ist.

---

19) Daß v. Buddenbrock im Cap. 50 vorstiften liest (zufrommen Stiftungen veräußern), statt vorschichten (theilweise veräußern), ist keine nothwendige, zum Sinn erforderliche, also schon daher eine verwerfliche Emendation. Auch der angegebene Grund, weil es in der Quelle dieses Cap., im ältesten RR. A. 14, so laute, reicht theils nicht hin, denn des letztern Quelle, das Waldemar-Erichsche Recht liest nicht vorstiften sondern vorschichten, wie das mittlere gedruckte RR., welches häufig das älteste RR. nach dem Waldemar-Erichschen Rechte verändert aufnahm, theils ist auch das vorstiften im Buddenbrock'schen Exemplar des ältesten RR. wahrscheinlich nur ein Schreibfehler statt vorschichten, denn die von Schwartz angestellte Vergleichung beider Rechte mit dem Waldemar-Erichschen Recht in Hupel's neuen nord. Miscellan. St. 5 und 6 S. 281 bestätigt diese Emendation mit nichten, indem daselbst beim Art. 14 des ältesten Rechts zwar eine andere Abweichung des Waldemar-Erichschen Rechts bemerkt ist, aber nicht diese; auch findet sich ebendaselbst S. 188. Art. 14 nicht in dem Verzeichniß derjenigen Stellen des ältesten Ritterrechts, die im gedruckten nach dem Waldemar-Erichschen Recht verändert und verbessert sind.

Digitized by Google

VII.

Das Römische Recht in dem Esthländischen Ritter- und Landrecht.

In keinem andern Theile des Privatrechts hat in unsern Ostseeprovinzen das Römische Recht so überwiegenden Eingang gefunden, als im Obligationenrecht. Es ist nicht dieses Ortes die Gründe dieser Erscheinung, näher darzulegen. Besonderes Interesse gewährt es, zu verfolgen, in welcher Weise das Römische Recht bei Abfassung einzelner Sammlungen unserer provincialrechtlichen Quellen benutzt, und nicht selten durch Mißdeutungen die Veranlassung zu ganz eigenthümlichen Rechtsverhältnissen und Rechtsnormen geworden ist. Derartige Untersuchungen dürften selbst nicht ohne practische Wichtigkeit sein, indem nur auf diesem Wege ein einigermaßen sicheres Princip für die Anwendung von Rechtssätzen, die bei der Mischung von Wahrheit und Irrthum der inneren Consequenz entbehren, gewonnen werden kann. Insofern glaubt der Verfasser der nachstehenden Abhandlung dieselbe den Zwecken der „theoretisch practischen Erörterungen" nicht unangemessen. Er gedenkt das Esthländische Ritter- und Landrecht, das ihm besonders nahe steht, und zwar zunächst das von Contracten, Besitz, Eigenthum, Gewähr und Verjährung handelnde 4te Buch desselben, einer fortlaufenden Prüfung zu unterwerfen, in wiefern darin Sätze des Römischen Rechts mit eigenthümlicher Deutung und Vermischung fremder Rechtsprincipien, aufgenommen sind.

Digitized by Google

I.

Ueber das Senatusconsultum Macedonianum.

Nachdem im Titel 1 des vierten Buches die allgemeinen Lehren von Verträgen überhaupt, so wie vom Compromiß, abgehandelt sind, die für unsern Zweck wenig Bemerkenswerthes bieten, heißt es im Titel 2, vom Entlehnen und Leihen oder Borgen, zu Latein mutuum genannt, im Art. 2. Einem Minderjährigen, oder der noch unter Vormünder Gewalt ist, soll man nicht leihen, oder es verlieret einer, was er geliehen hat; es würde denn bewiesen, das es in des Minderjährigen oder dessen Vaters scheinbaren Nutzen gewendet worden; oder daß der Vater oder Vormünder davon gewußt, dasselbe aber nicht widersprochen, oder daß es auf ihren Befehl geschehen wäre.

Offenbar liegt die Bestimmung des Sct. Macedonianum diesem Artikel zum Grunde. Selbst wenn der Inhalt desselben einen Zweifel übrig lassen könnte, würden doch die dem Artikel unterstellten Citate, die sämmtlich aus dem Digesten- und Codextitel ad Sct. Macedonianum entlehnt sind, jedes noch so gewichtige Bedenken niederschlagen. Auffallend ist nun zunächst die Anwendung des erwähnten Senatsbeschlusses auf Minderjährige, während das Römische Recht nur von filii familias, ohne Rücksicht auf ihr Alter, spricht.

Man könnte erstens, an eine Verwechselung beider Begriffe denken, und zur Entschuldigung dafür ließe sich etwa anführen, daß, nach den in der früheren gemeinrechtlichen Praxis herrschenden Ansichten, die ohnehin durch das Deutsche Recht modificirte Strenge der Römischen patria potestas, mit eingetretener Volljährigkeit des Kindes weggefallen, und somit die Begriffe filiusfamilias und Minderjähriger sich mehr identificirten. Daß insbesondere unser R. R. in der vorliegenden Stelle beide Worte für gleichbedeutend genommen, dafür könnte der Umstand zu sprechen scheinen, daß zu dem Worte „Minderjährigen" in der Note 4 Stellen des Römischen Rechts [1]) citirt werden, in denen von dem Gültigwerden des Darlehns die

1) Nämlich L 7 § 13 D., L. 5 C. ad Sct. Macedon. (14,6),

Rede ist, wenn der filiusfamilias das Geld zu seinem Unterhalte aufgenommen hat. Von diesem Stündpunkte aus, würden die Anfangsworte des Art 2: „einem Minderjährigen oder der noch unter Vormünder Gewalt ist" als eine jener in dem R. R. so häufig wiederkehrenden Tautologieen zu betrachten sein.

Vielleicht könnte man aber auch zweitens meinen, es sollte damit auf die Verschiedenheit der Altersstufen eines Minderjährigen hingedeutet, und mit dem Ersteren der Minderjährige i. e. S., im Gegensatz zu den noch unter eigentlicher Tutel stehenden Unmündigen, bezeichnet werden. Dieser Erklärung aber würde hauptsächlich der Umstand entgegenstehen, daß unser RR, ohne speciell zwischen den Jahren der Unmündigkeit und Minderjährigkeit zu unterscheiden, überhaupt nur von „Unmündigen, so unter zwanzig Jahr sind" redet. [2])

Es ist aber auch drittens möglich, ja in mancher Hinsicht wahrscheinlicher, daß unser RR. nur eine Ausdehnung des Sct. Macedonianum auf vaterlose Minderjährige bezweckt hat. Denn daß es die Ertheilung eines Darlehns an einen filiusfamilias und einen Minderjährigen, als zwei an sich verschiedene Fälle betrachtet habe, scheint aus den Endworten des Art. 2. hervorzugehen, wonach das Darlehn Giltigkeit erhalten soll, „wenn der Vater oder Vormünder darum gewußt, aber nicht widersprochen haben". Hält man diesen Gesichtspunkt fest, so möchte man fast auf den Gedanken kommen, daß es in den Anfangsworten unsers Art. 2. habe heißen sollen: „einem Minderjährigen oder der noch unter väterlicher Gewalt ist". Ja zur Unterstützung dessen könnte man sich auf die gleich darauf folgenden Worte: „es würde denn bewiesen, daß es in des Minderjährigen, oder dessen Vaters scheinbaren Nutzen gewendet worden" berufen.

Endlich aber lassen die beregten Anfangsworte unsers Artikels noch eine vierte Auslegung zu. Nach Deutschem Recht wird die väterliche Gewalt mehr in dem Sinne eines vormundschaftlichen Verhältnisses (Mundium) aufgefaßt, daher den Eltern an dem Sondergut der Kinder im Allgemeinen nur vormundschaftliche Rechte zugesprochen wer-

2) Ehstländ. Ritter- und Landrecht B. II. Tit. 7. Art. 3.

den [3]). Diese erlöschen, selbst bei Lebzeiten der Eltern, sobald die Kinder großjährig geworden sind. Indem nun unser Ritterrecht die Bestimmungen des Setum Macedonianum recipirte, beschränkte es in Folge der über die Dauer und den Einfluß der väterlichen Gewalt herrschenden Vorstellungen, einerseits dessen Anwendbarkeit auf minderjährige Haussöhne, und dehnte es andrerseits auch auf solche Minderjährige aus, die nach des Vaters Tode unter Vormundschaft stehen. Vielleicht daß man auch den eigentlichen Grund des Setum verkannte, und diesen irrthümlich in der Unmündigkeit des Schuldners suchte. Nach dieser Ansicht würden die Anfangsworte unsers Artikels dahin zu erklären sein: einem Minderjährigen, sei es daß er noch unter väterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt ist, soll man nicht leihen.

Welche unter diesen Erklärungen der Anfangsworte des Art. 2. auch die richtige sein mag: immerhin bleibt soviel gewiß, daß unser Ritterrecht den ursprünglichen Gesichtspunkt des Setum Macedonianum verrückt, und dessen Bestimmungen auf die von Minderjährigen contrahirten Geldschulden angewendet hat. Zugleich aber hat es die Wirkungen des Sct. Macedon. geschärft. Denn während dieses dem Gläubiger nur das Klagerecht entzieht, dabei aber die Fortdauer einer obligatio naturalis für den filiusfam. anerkennt, so daß z. B. das bereits bezahlte Geld nicht mehr zurückgefordert werden kann [4]), sagt unser Ritterrecht dagegen, der Gläubiger solle "verlieren was er geliehen hat", und erklärt mithin die obligatio selbst für eine inanis.

Erwägen wir nun zuförderst die ausdrücklichen Abänderungen, die das Röm. Recht in dem Art. 2. unsers RR. durch Einmischung der Minderjährigen erlitten hat. Sie bestehen der Hauptsache nach in folgenden:

1. Darlehne, von einem Minderjährigen aufgenommen, sind nach der L. 2. C. si adversus creditorem (2, 38) an sich zwar gültig, aber es kann der minor in

---

3) Vergl. v. Bunge das liv- u. Esthländische Privatrecht B. IV. Tit. 3. § 297.

4) L. 9 § 4 u. 5, L. 10. D. ad Sct. Macedonianum (14, 6.). L. 40 pr. D. de condictione indebiti (12, 6).

integrum restitutio dagegen nachsuchen, vorausgesetzt, daß nicht das empfangene Geld zu seinem Nutzen verwendet worden ist. [5]) Nach unserm RR. bedarf es der in integrum restitutio nicht, das Darlehn ist an und für sich ungültig, wenn nicht Verwendung desselben in des Minderjährigen Nutzen nachgewiesen werden kann.

2. Das Röm. Recht gewährt dem Minderjährigen in integrum restituo selbst gegen solche Geschäfte, also also auch gegen solche Darlehne, welche mit Wissen und Genehmigung des Vormundes abgeschlossen worden sind. Dagegen ist nach unserm RR. das Darlehn verbindlich, sobald nur der Vormund um dasselbe gewußt und nicht ausdrücklich widersprochen hat. Zwar könnte man darüber streiten, ob in diesem letzteren Falle dem Minderjährigen, zwar nicht nach Art 2, aber doch nach gemeinem Recht das beneficium in integrum restitutionis zustehe, allein indem unser RR. den Minderjährigen hierin dem filiusfam. gleichsetzt, ja sich ausdrücklich auf L. 5. C. und L. 16 C. ad Sct. Macedon. beruft, scheint dasselbe richtiger die Anfechtbarkeit der mit Wissen des Vormundes abgeschlossenen Darlehne des Minderjährigen überhaupt geschlossen zu haben.

3. Tritt man der letzten der obigen Erklärungen über den Umfang der Anwendbarkeit unsers Art. 2 bei, so ist die Vorschrift des Sct. Macedonianum selbst auf filii fam. unanwendbar, so fern sie zur Zeit des eingegangenen Darlehns noch minderjährig gewesen sind [6]).

(Die Fortsetzung künftig.)

---

5) L. 2. C. si adversus creditorem (2, 38): si ut allegas minor annis pecuniam foenori accepisti, nec ea in rem tuam versa est adversus cautionem, per quam eo nomine te obligasti, in integrum restitutionis auxilium potes solemniter postulare.

6) Dieser Ansicht ist z. B. v. Bunge, das Liv- u. Esthländische Privatrecht a. a. O.

Digitized by Google

VIII.

Ueber die legitimatio per subsequens matrimonium. *)

Von dem Herrn Oberhofgerichtsadvocaten C. Neumann in Mitau.

Das Russische Recht kennt die Legitimation gleich der Adoption lediglich als einen Act der landesherrlichen Gnade, welche im Allgemeinen nur wegen besonderer Verdienste des Vaters um den Staat nachgesucht werden kann. Die nachfolgende Ehe mit der früheren Concubine war nur in so fern begünstiget, als sie zur Bitte um Legitimation der vorher erzeugten Kinder auch ohne

*) Wiewohl dieser Aufsatz sich speciell mit dem Kurländischen Rechte beschäftiget, so bezieht er sich doch in so fern auch auf das der anderen beiden Ostseeprovinzen, als das Verhältniß des gemeinen Rechts zum Russischen dort wie hier dasselbe ist.

Digitized by Google

besondere Verdienste um den Staat berechtigte, jedoch ist durch den Allerhöchsten Ukas vom 2. Januar 1829 ausgesprochen, daß Bittschriften wegen Adoption ungesetzlich geborener Zöglinge sowohl als wegen Anerkennung der außer der Ehe erzeugten Kinder unberücksichtiget bleiben sollen. Seitdem ist die schon früher ziemlich häufig angenommene Meinung, daß die legitimatio per subsequens matrimonium auch in den Ostseeprovinzen nicht mehr statthaft sei, noch allgemeiner geworden, wiewohl mit Unrecht; denn es ist einer der durchgreifendsten Grundsätze unseres Provincialrechts, daß das Russische allgemeine Reichsrecht nur dann bei uns Anwendung finde, wenn eine solche Anwendung für die privilegirten Provinzen von Kaiserlicher Majestät ausdrücklich befohlen worden. Eine große Menge Allerhöchster und Senats-Ukasen erkennen diesen Grundsatz ausdrücklich an, er liegt ohnehin schon von selbst in der Existenz eines besonderen, durch alle unsere Monarchen seit der Unterwerfung unter den Russischen Scepter sanctionirten Rechts, und es braucht daher kaum beiläufig angeführt zu werden, daß auch der Swod der Russischen Reichsgesetze die Anwendung des allgemeinen Russischen Rechts auf die besondere Privilegien genießenden Provinzen ausschließt. Zwar könnte man in Bezug auf den hier vorliegenden Gegenstand die Statthaftigkeit der Legitimation in privatrechtlicher Hinsicht, rücksichtlich der Erbfähigkeit und dgl. zugeben, und dennoch sie in Beziehung auf die Standesverhältnisse bestreiten: allein — abgesehen davon, daß alsdann wenigstens in privatrechtlicher

Beziehung die Erörterung der Wirkungen einer nachfolgenden Ehe auf die vorher geborenen Kinder von practischem Interesse ist, — so läßt sich dabei einwenden, daß die Standesverhältnisse hier zu sehr mit den privatrechtlichen Grundsätzen zusammenhängen, und daß die Ostseeprovinzen unzweifelhaft auch in Beziehung auf die Standesverhältnisse besondere, mit dem Reichsrechte nicht übereinstimmende und dennoch in anerkannter Wirksamkeit bestehende Privilegien haben, wie z. B. bei der Documentirung des Adels, so wie des Baronstitels, ferner rücksichtlich des Indigenatsrechtes, endlich hinsichtlich des ganzen Bauerstandes. Für die eben ausgesprochene Ansicht giebt namentlich die Kurländische Bauerverordnung einen sehr schlagenden Beweis, denn nicht blos heißt es im § 110: „vor der Ehe geborene, aber durch die später erfolgte Ehe legitimirte Kinder erben mit den übrigen zu gleichen Theilen“ (rein privatrechtliche Bestimmung) sondern auch im § 73: „Kinder, die von einer Kurländischen Bäuerin außer der Ehe geboren werden, folgen dem Stande ihrer Mutter, und treten in die Zahl der Kurländischen Bauern. Ehelicht der Vater die Mutter, so erhalten die Kinder dadurch die Rechte ehelich geborener Kinder und folgen dem Stande des Vaters“. Hier wird also ausdrücklich von den Standesrechten gesprochen, und es liegt, — obgleich die Bauerverordnung ein Privilegium ist und nach der Regel daher nicht auf andere Stände ausgedehnt werden kann, — durchaus kein Grund vor, warum das, gleich-

Digitized by Google

falls als ius singulare zu betrachtende, den anderen Ständen abweichend vom Reichsrechte zu Gute kommende Provincial- und gemeine Deutsche Recht gerade in dieser Materie hintenangesetzt werden soll, zumal wenn man erwägt, daß die Bauerverordnung meistentheils das beste Zeugniß von der überhaupt in der Provinz herrschenden Rechtsansicht giebt, welche bei Abfassung der Bauerverordnung nur als lex scripta und ohne andere als die aus den besonderen bäuerlichen Verhältnissen hervorgehenden Abänderungen redigirt werden sollte, in der hier in Rede stehenden Materie aber ganz mit dem gemeinen Deutschen und Kurländischen Provincial-Rechte übereinstimmt. Daher hat denn auch dieses letzterwähnte Recht durch den Ukas vom 2. Januar 1829 keine Aenderung erlitten, eben weil das Römische und Canonische Recht durch das subsequens matrimonium die vorher geborenen Kinder eo ipso und ohne daß es eines rescriptum principis bedarf, für legitimirt erkennt, mithin das Verbot des Ansuchens um landesherrliche Legitimation nichts relevirt, sobald es überhaupt eines solchen Ansuchens gar nicht bedarf.

Nichtsdestoweniger ist die Wirkung der legitimatio per subsequens matrimonium im gemeinen Deutschen Rechte nicht durchweg gleich, und es wird daher in Berücksichtigung dessen, daß das Provincialrecht keine abweichenden Bestimmungen, die dem gemeinen Rechte derogiren würden, enthält, von Interesse sein, in eine nähere Erörterung der Frage einzugehen, ob die per subsequens matrimonium legitimati in allen,

Digitized by Google

selbst privatrechtlichen Beziehungen den in gesetzlicher Ehe Geborenen gleich stehen.

Diese Frage hängt sehr genau mit derjenigen über das Verhältniß des Römischen und Canonischen zum Deutschen Rechte zusammen. Die große, hier selbst bei berühmten Rechtslehrern herrschende Verwirrung, hat ihren Grund freilich in der Art wie das Römische Recht sich durch Gewohnheit, Praxis der Gerichte und Autorität der Doctoren einführte, bis es in den meisten Materien die Deutschen Rechtsansichten verdrängte, ja bis es sogar selbst auf rein Deutsche Institute in ziemlich ungeschickter Art ausgedehnt wurde, wie denn nicht zu leugnen ist, daß unerachtet der großen Vorsicht, die man bei Anwendung Römischer Begriffe auf Deutsche Institute beobachten muß und immer mehr beobachtet, dennoch diese letzteren nicht ganz rein sich erhalten haben und Manches auch in ihnen als anerkannte und unbestrittbare Praxis gilt, was genau genommen aus einem Verschmelzen Römischen, Canonischen und Deutschen Rechts, häufig auch des Longobardischen Lehnrechts erwachsen ist. So zeichnen sich besonders die älteren, oft sehr angesehenen Rechtslehrer durch ein solches Untereinanderwerfen aus, und namentlich excellirt das berühmte Kripschildtsche Werk de fideicommissis hierin im Allgemeinen wie bei der, im achten Kapitel behandelten Lehre von der Erbfolge der legitimirten Kinder, woher denn auch Kripschildt die Frage hinsichtlich der per subsequens matrimonium Legitimirten und deren Erbfähig-

keit in Familienfideicommissen auf den Grund des Römischen Rechts bejaht.

Es sind aber, bei mancher scheinbaren Aehnlichkeit und bei der jetzt nicht durchweg mehr möglichen gänzlichen Abweisung der Römischen Theorie, die Römischen Fideicommisse von den Deutschen, später nach jenen benannten, doch aus ganz anderer Wurzel erwachsenen Instituten wesentlich verschieden. So wie in Deutschland Fideicommisse durch besondere Stiftungen entstanden, um unter einem den Juristen geläufigen Namen neben der Verhütung der Veräußerung die Ausschließung des weiblichen Geschlechts von der Erbfolge in Stammgüter und gewissermaßen mit Umgehung des, sich immer mehr gegen das Deutsche geltend machenden Römischen Rechts, die Aufrechthaltung der alten Gewohnheit zum Glanze adlicher Familien herbeizuführen: so ist in den Ostseeprovinzen das Familienfideicommiß aus dem Rechte der gesammten Hand im Lehen erwachsen, (wie sich unschwer aus den unserer ganzen Rechtsverfassung zum Grunde liegenden Staatsverträgen von 1561 und aus den älteren einheimischen Rechtsquellen nachweisen läßt,) und hat sich in neuerer Zeit immer mehr nach den Deutschen Begriffen und durch Deutsche Rechtslehrer ausgebildet. Da aber die Römische und Canonische Theorie von der Legitimation durch nachfolgende Ehe überhaupt nur schwer, und erst im 16ten Jahrhundert ziemlich allgemein Eingang gewann, ohne doch bei dem hohen Adel oder auch nur bei der Succession in Familienfideicommisse und ähnliche Institute geltend zu wer-

Digitized by Google

den, so scheint der Satz: „auch bei der gemeinrechtlich zu beurtheilenden Legitimation durch die nachfolgende Ehe werden nicht die Rechte ertheilt, welche nach Statuten oder begründetem Herkommen reine eheliche Abstammung verlangen, und auf die dem Römischen Rechte unbekannten Institute sich beziehen“ (s. Mittermaier's Deutsches Privatrecht § 320) nicht mit Fug zu bestreiten, und ein Gleiches auch beim Lehen anzunehmen, da sowohl der Sachsenspiegel B. 3. Art. 65. als auch das Longobardische Lehnrecht die Geburt in einer wirklichen und rechtmäßigen Ehe zur Bedingung der Lehenssuccession machen. Unerachtet der sehr bestimmten Vorschrift in II. Feud. 26. „naturales filii, licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi nec soli nec cum aliis admittuntur“ haben doch viele Rechtslehrer, unter ihnen Kripschildt (cap. 8. § 336. 337) die Succession der per subsequens matrimonium legitimati im Lehen und Fideicommiß vertheidigt, ja es sind sogar einige (welche Kripschildt cap. 8. § 337 anführt ohne sich für eine oder die andere Ansicht zu entscheiden) so hartnäckig consequent bei ihrer Theorie von der rückwirkenden Kraft der Legitimation geblieben, daß sie sich durch ein aliud matrimonium intermedium nicht irre machen lassen, und keinen Anstand nehmen, die bereits existirenden iura quaesita der aus einer, nach Erzeugung unehelicher Kinder eingegangenen, völlig rechtmäßigen, Ehe mit einem anderen Frauenzimmer, geborenen Kinder in so weit für aufgehoben zu erklären, als, wenn der Vater nach dem Tode seiner Ehegattin die frühere Concubine

Digitized by Google

heirathet, deren per subsequens matrimonium nunmehr legitimirten Kinder das Erstgeburtsrecht erhalten und die in wirklicher Ehe geborenen Kinder von Fideicommissen, wo es auf Primogenitur ankommt ausschließen sollen. Das offenbar Widersinnige und höchst Unbillige, wohin diese Consequenz führt, hat Andere wieder veranlaßt, für den eben berührten Fall eine Ausnahme zu statuiren und den per subsequens matrimonium Legitimirten zwar die Succession in Lehen, Fideicommisse und dgl. aber nur mit Einräumung des Erstgeburtsrechts an die Kinder ex matrimonio intermedio zuzusprechen. So namentlich die Gothofredische Note zu der oben citirten Stelle des Longobardischen Lehnrechts. „Quid legitimati per subsequens matrimonium? plane succedunt. Quid si primogenitus in feudo succedere debet, et Titio primus natus sit ex concubina, deinpe ex uxore legitima secundus, et ea mortua nuptias contrahat cum ipsa concubina? licet primus legitimetur, concubinatu matris in matrimonium verso, secundus tamen eo potior fuerit ut succedat in feudo.“ Aus dem Dilemma, d. h. aus dem Widerstrebenden, was in der starren Consequenz hier liegt, und aus der Inconsequenz der Ausnahme, (welche sich wohl nicht ganz durch die Rücksicht auf die nothwendige Erhaltung eines schon vorhandenen ius quaesitum rechtfertigen läßt,) — kommt man nicht anders heraus als durch das Festhalten des Princips, daß die Legitimation durch nachfolgende Ehe bei rein Deutschrechtlichen Instituten nicht Platz greifen und daher die legitimirten Kin-

Digitized by Google

der von den hieraus fließenden Successionen ausgeschlossen sind, wenn nicht in der Stiftung selbst das Gegentheil festgesetzt worden. Aus diesem Grunde kann daher auch das Erstgeburtsrecht, welches dem Römischen Rechte fremd ist, sowohl da wo es kraft besonderer Stiftung als auch da wo es schon durch das Gesetz, wie in Kurland, begründet ist, den erst durch nachfolgende Ehe legitimirten Kindern zum Nachtheile schon vorhandener ehelicher, welchen sonst ein bereits existirendes Recht entzogen würde, nicht zugewandt werden, und es würde bei strengem Festhalten desselben Grundsatzes selbst in dem Falle, wenn ohne eine dazwischenliegende andere Ehe, von derselben Frau, mit welcher die per subsequens matrimonium legitimirten Kinder erzeugt sind, nach wirklich eingegangener Ehe Kinder geboren werden, diesen ehelichen vor ihren älteren blos legitimirten Geschwistern das Erstgeburtsrecht zustehen, obgleich unter letzteren allein allenfalls der Aelteste das ius primogeniturae haben könnte, wenn es darauf bei der Erbfolge in freiem Vermögen z. B. zur Bestimmung dessen ankommt, wem der Naturalbesitz liegender Gründe und das Recht, die Nachgeborenen mit Gelde abzufinden zusteht. (Cf. § 169. Statut. Curl.) Streng consequent wäre es freilich auch hier, selbst alsdann es ruhen zu lassen.

Solchergestalt ergeben sich bei einer Reassumtion der in Vorstehendem entwickelten Ansichten für das Kurländische Recht folgende praktische Grundsätze:

Digitized by Google

1) die legitimatio per subsequens matrimonium ertheilt nach wie vor dieſelben Standesrechte wie die Ehe, weil ſie ipso iure wirkt und keiner Nachſuchung um ein rescriptum principis bedarf, woher denn das im Ukaſe vom 2. Januar 1829 enthaltene Verbot einer ſolchen Nachſuchung die Legitimation durch nachfolgende Ehe in Kurland nicht aufgehoben hat.

2) Jedenfalls ertheilt dieſe Legitimation aber alle abſolut auf das Privatrecht ſich beziehende Befugniſſe mit Ausnahme

3) derjenigen Inſtitute, welche dem Deutſchen Rechte eigenthümlich ſind, woher denn die ſolchergeſtalt Legitimirten in Familienfideicommiſſen, wenn nicht die bezüglichen Stiftungen das Gegentheil anordnen oder aus beſonderen Gründen ſchließen laſſen, nicht ſuccediren, und auch rückſichtlich des Erſtgeburtsrechtes ihren in wirklicher Ehe geborenen vollbürtigen oder Halb-Geſchwiſtern keinen Eintrag thun, obſchon ſie in freiem Vermögen mit ihnen zuſammen erben.

Digitized by Google

IX.

Beitrag zur Erklärung des § 182 der Curländischen Statuten.

Von C. G. v. Madai.

§ 1.

Einleitung.

In den Curländischen Statuten findet sich folgende eigenthümliche Bestimmung:

> Stat. curlandica § 182. Pater ad secunda vota transiens, fortunas suas omnes cum liberis secundi matrimonii ex aequo dividere, ac pro eius portione, quam vel retinere, vel in emolumenta liberorum exponere potest, fructibus eos alere ac educare (al. elocare) tenebitur.

So klar und einfach der allgemeine Inhalt dieses Paragraphen beim ersten Anblick, so dunkel wird er bei genauerer Zergliederung. Der allgemeine Sinn desselben ist dieser: der Vater soll, wenn er zur zweiten Ehe schreitet, sein gesammtes Vermögen mit den Kindern erster Ehe theilen, und die Kinder davon erziehen. Zwei Punkte aber sind es dabei vorzugsweise, die Schwierigkeit machen. Einmal nämlich die Ermittelung des Theilungsprincips, denn die Worte „ex aequo dividere" können in diesem Zusammenhange sowohl Theilung des

Digitized by Google

Vermögens in zwei Hälften, deren eine dem Vater, die andere den Kindern erster Ehe zufallen würde, als auch Zerlegung in gleiche Theile überhaupt, m. a. W. Kopftheile, ja endlich Theilung nach billigem Ermessen bezeichnen. Die andere nicht mindere Schwierigkeit liegt in der Erklärung der Worte „ac pro eius portione“ deren sprachliche wie sachliche Beziehung in mehrfacher Hinsicht unklar ist und bereits die verschiedensten Deutungen erfahren hat. Die Prüfung dieser bisherigen Interpretationsversuche und die Ausführung eines neuen ist der Zweck dieser Abhandlung.

§ 2.

Bisherige Interpretationsversuche.

Birkel giebt in seiner bekannten Uebersetzung der Curländischen Statuten unsern Paragraphen in folgender Weise wieder:

> Ein Vater soll, wenn er zur zweiten Ehe schreitet, sein ganzes Vermögen mit den Kindern erster Ehe zu gleichen Theilen theilen, und von den Einkünften seines Antheils, den er entweder selbst behalten, oder zum Besten der Kinder anlegen kann, dieselben zu ernähren und zu erziehen verbunden sein.

Sehen wir nun, wie Birkel die oben in der Einleitung angedeuteten Schwierigkeiten beseitigt hat. Rücksichtlich des ersteren der beiden Punkten ist an seiner Uebersetzung, deren Hauptzweck doch jedenfalls die Verdeutlichung des Inhaltes des Gesetzes sein sollte, vor

Digitized by Google

allem zu tadeln, daß die Zweideutigkeit des Urtextes glücklicher nachgeahmt, als vermieden worden ist; denn das „zu gleichen Theilen theilen“ kann, wie das lateinische „ex aequo dividere“ des Originals, sowohl Theilung in zwei Hälften, als Kopftheilung bezeichnen. Freilich hat diese Ungenauigkeit der Uebertragung, sei sie nun eine absichtliche, um bestimmte Entscheidung für die eine oder die andere Ansicht zu vermeiden, oder aus Unachtsamkeit entsprungen, ihre Vorgänger wie Nachfolger gehabt. Schon in einer früheren Uebersetzung der Statuten, die ohne Angabe des Jahres wie des Druckorts erschienen, lautet unser Paragraph:

> Wenn sich der Vater in die andere Ehe begiebet, soll er all seine Haabe und Guth mit den Kindern erster Ehe gleich theilen,

so wie in einer späteren, von Proch [1]) in einer besonderen Abhandlung über unsern Paragraphen mitgetheilten

> der Vater, welcher zur zweiten Ehe schreitet, ist verbunden, seine sämmtliche Habe mit den Kindern erster Ehe gleich zu theilen.

Indeß machen diese beiden letzt erwähnten Uebertragungen in sofern einer noch größeren, gewiß nicht zu

---

1) Proch „Versuch erläuternder Bemerkungen über einige Paragraphen der kurländischen Statuten in Rücksicht des Erbschaftsrechts“ mitgetheilt in den „Jahresverhandlungen der Kurländischen Gesellschaft für Literatur und Kunst.“ Mitau 1819. Bd. 1. Abth. XV. S. 323—331.

Digitized by Google

billigenden Zweideutigkeit sich schuldig, als in ihnen das „gleich theilen“ geht man auf das Original nicht zurück, auch auf die Zeit der Theilung bezogen werden könnte.

Bestimmter ist Birkel in der Erklärung der Worte „ac pro eius portione“. Er bezieht das „eius“, auch hier der vorerwähnten älteren Uebersetzung [2]) folgend, auf den Vater, den ganzen Passus also auf den dem Vater aus der Theilung zufallenden Antheil. Der Vater soll demnach „von den Einkünften seines Antheils den er entweder selbst behalten, oder zum Besten der Kinder anlegen kann, die Kinder zu ernähren und zu erziehen verbunden sein“. Indeß stehen dieser Interpretation mehrfache Bedenken entgegen. Vor allem 1) die Grammatik, denn offenbar müßte es im Sinne der Birkelschen Erklärung „pro sua“ nicht „pro eius portione“ heißen, zumal fortunas suas omnes vorhergegangen. 2) Der Zusatz, „quam vel retinere, vel in emolumenta liberorum exponere potest“. Vorausgesetzt nämlich, daß es sich hier um den, dem Vater in der Theilung zugefallenen Antheil handle, würde eine Absurdität in dem Zusatze liegen, der Vater könne denselben behalten, wenn er wolle, oder auch zum Besten

2) Hierin heißt es a. a. O. „und vom Genuß des Theils, welches er behalten, oder den Kindern zum Besten anwenden kann, soll er (der Vater) sie ehrlich erhalten und ausſteuern.“ Es liegt nämlich diese alte Uebersetzung im Original elocare für „educare“.

Digitized by Google

seiner Kinder verwenden. Das Eigenthum, denn dieses würde doch dem Vater an seinem Antheile zustehn, schließt von selbst die Dispositionsbefugniß in sich, wenn nicht bestimmt eine Beschränkung derselben, die doch in den Worten „quam vel retinere“ ꝛc. offenbar nicht liegt, erwiesen werden kann. 3) Die Erklärung Birkels ist demnächst in sofern ungenau, als der Vater nicht die Einkünfte seines Antheils überhaupt (wie man nach der Birkelschen Uebersetzung annehmen müßte), sondern nur eine dem Umfange dieses Antheils entsprechende Quote derselben „pro eius portione“ zur Erziehung der Kinder zu verwenden verpflichtet sein würde. Endlich 4) könnte die ganze Bestimmung wie sie Birkel auffaßt überflüssig erscheinen, da ohnehin der Vater die Erhaltungs- wie Erziehungskosten seiner Kinder zu tragen rechtlich verbunden ist. Von welchem Theile seines Vermögens der Vater die Einkünfte zur Unterhaltung der Kinder verwenden wolle, muß billig seiner Wahl überlassen bleiben. Demnach würde der Paragraph 182 zum Theil nur als ein, dem Vater von dem Gesetze ertheilter guter Rath zu betrachten sein, was bei der gedrängten Kürze der Curländischen Statuten, die eben nur die nothwendigsten Bestimmungen enthalten, wohl mehr als unwahrscheinlich sein dürfte.

Eine andere Erklärung unseres Paragraphen giebt Proch, in der schon oben erwähnten Abhandlung, indem er von folgender Betrachtung ausgeht. An und für sich ist der Vater nicht gezwungen wenn er zur zweiten Ehe schreitet, sein eigenes Vermögen mit den Kin-

Digitized by Google

dern erster Ehe zu theilen, vorausgesetzt nämlich, daß er an der Erbschaft seiner verstorbenen Ehefrau nicht Antheil nimmt. Allein ihm steht, ist er selbst wenig begütert, ein Erbrecht als dürftiger Wittwer an dem Nachlaß der Ehefrau, und zwar in Concurrenz mit seinen Kindern erster Ehe, zu. Will er indeß dasselbe geltend machen, so muß er sein eigenes Vermögen conferiren, und in sofern wird von ihm gesagt „fortunas suas omnes cum liberis primi patrimonii dividere tenebitur". In unserm Paragraphen ist demnach von einem Vater die Rede, der es für seine Glücksumstände zuträglicher hält, zu conferiren, d. h. sein Vermögen mit dem von seiner Ehegattin hinterlassenen zusammenzubringen und so daraus einen eben solchen Antheil für sich zu nehmen, als seine Kinder, oder vielmehr jedes derselben bekommt. Dieser Antheil ist indessen sein unstreitiges Eigenthum. Will er dagegen über den Antheil der Kinder disponiren, so ist er verbunden sie davon zu unterhalten, und zwar nach Verhältniß des Betrages dieses Antheils. — Aus dieser Paraphrase, die Proch von dem Inhalt unsers Paragraphen giebt, erhellt nun 1) daß er die Worte ex aequo dividere, von Kopftheilung versteht. 2) Die Worte „ac pro eius portione" dagegen, auf den Antheil, nicht des Vaters, sondern der Kinder bezieht. Zur grammatischen Erklärung dieser letztern Worte will Proch zu „eius", aus dem vorangehenden „ex aequo dividere", supplirt wissen „quod aequum est" dessen Sinn er dann dahin angiebt „nach

Maaßgabe des gleichen Antheils". Demgemäß übersetzt nun Proch unsern Paragraphen in folgender Weise:

> Der Vater, welcher zur zweiten Ehe schreitet, ist verbunden, seine sämmtliche Habe mit den Kindern erster Ehe gleich zu theilen, und nach Maßgabe des Antheils (welches?), den er entweder in seiner Verwaltung behalten, oder zum Besten der Kinder anlegen kann, und zwar von den Früchten oder Einkünften desselben, die Kinder zu ernähren und zu erziehen.

Wiewohl ich den Scharfsinn dieser Erklärung nicht verkenne, kann ich ihr doch nicht beistimmen, zunächst schon deshalb nicht, weil sie, meines Erachtens, auf einer Reihe durchaus willkührlicher, ja unrichtiger Voraussetzungen beruht. Dahin zähle ich hauptsächlich folgende: 1) das Erbrecht des dürftigen Wittwers ist in den Curländischen Statuten selbst nicht erwähnt, mithin von Proch aus dem gemeinen Recht entlehnt, aber in diesem eben so wenig begründet. Allerdings kannte das Römische Recht ein gegenseitiges Erbrecht dürftiger Ehegatten: [3]) allein Justinian hat es ausdrücklich dem Ehemanne wieder entzogen. [4]) Damit aber fällt schon ein Hauptpfeiler der Proch'schen Erklärung zusammen. Gesetzt nun aber 2) dem Ehemanne käme wirklich solches Erbrecht zu, so

3) Nov. 53. c. 6.

4) Nov. 117. c. 5. extr. Virum enim in talibus casibus quartam, secundum priorem nostram legem ex substantia mulieris accipere, modis omnibus prohibemus.

Digitized by Google

würde es nur unter denselben Bedingungen und mit denselben Wirkungen statt finden können, unter und mit denen es der Ehefrau zusteht. Nun ist a) die dürftige Wittwe, wenn sie ihr Erbrecht geltend macht, zur Collation ihres eigenen geringen Vermögens, das ihr ja nicht einmal angerechnet werden soll, bekanntlich nicht verpflichtet, [5]) also auch nicht der Ehemann in gleichem Falle. Damit fällt dann die Möglichkeit zusammen, die Worte: „omnes fortunas suas dividere", mit Proch dahin zu deuten, es werde indirect, durch die Collationspflicht des Vaters, dessen eigenes Vermögen zugleich Gegenstand der Theilung. Zwar bemüht sich Proch die Collationsverbindlichkeit des Ehemanns, aus den Curländischen Statuten zu erweisen, allein die von ihm dafür angeführten §§ 182 und 196 berechtigen zu solcher Annahme durchaus nicht, ja es dürfte nicht unwahrscheinlich sein, daß seine derartige Behauptung auf einer Verwechselung der Begriffe illatio (sc. dotis) und collatio beruhe. Denn wenn er sich darauf beruft, daß ja auch die Ehefrau als Erbin ihres Mannes conferiren müsse, und dafür die §§ 189—201, besonders aber § 196 allegirt, so kann in jenen etwa nur der Ausdruck „si dotem intulerit" irrig auf die Collation gedeutet sein, in diesem aber ist der Collation eben so wenig, auch nur mit einer Silbe gedacht. b) Der Erbtheil, den die dürf-

5) Nov. 53. c. 6. Si vero quasdam res proprias mulier in domo viri, aut alibi repositas habuit, harum actionem et retentionem habeat omnibus modis imminutam.

Digitized by Google

tige Wittwe erhält, beträgt nie mehr als höchſtens den vierten Theil der Erbſchaft, und wird nicht ihr Eigenthum, wenn ſie mit eignen Kindern ihren Mann beerbt: [6]) daſſelbe müßte demnach von dem Ehemanne in gleichem Falle angenommen werden. Damit aber ſinkt der dritte Stützpunkt der Erklärung Proch's, daß nämlich, da der Vater an ſeinem Antheil unſtreitiges Eigenthum erwerbe, die Worte „ac pro eius portione“ allein auf den Antheil der Kinder bezogen werden könnten, indem ja nur auf das dem Vater nicht als Eigenthum zugehörige, der Zuſatz „quam vel retinere vel exponere potest“ u. ſ. f. vernünftiger Weiſe paſſe. 3) Abgeſehen endlich davon, daß ein Erbrecht des dürftigen Ehemannes weder überhaupt, noch viel weniger mit den von Proch behaupteten Wirkungen begründet iſt, würde daſſelbe keines Falls in der von Proch verſuchten Weiſe zur Erklärung unſers § angewendet werden können. Proch ſtellt es nämlich ſo dar, als ob es in der Wahl des Mannes liege, die ihm im § 182 auferlegte Theilung ſeines Vermögens dadurch zu vermeiden, daß er erklärt, an der Erbſchaft der Frau nicht Theil nehmen zu wollen. Allein einerſeits kommt es zur Beerbung

6) Nov. 117. c. 5. Uxorem autem ex utroque horum casuum, si quidem usque ad tres habuerit filios eius vir, sive ex alio matrimonio, quartam partem ex substantia viri accipere. Si autem amplius fuerint filii, tantum in utroque similiter casu accipere iubemus mulierem, quantum uni competat filiorum, ita quippe, ut usum solum in talibus rebus mulier habeat: dominium autem illis servetur, quos ex ipsis nuptiis habuerit.

der verstorbenen Frau doch nicht erst zur Zeit der Eingehung der zweiten Ehe, die ja nicht unmittelbar erfolgen darf, vielmehr schon zur Zeit des Todes der Frau, der Jahre lang früher erfolgt sein kann und in der Regel sein wird. Andrerseits spricht unser § 182 durchaus nicht in einer Weise, die in des Mannes Belieben die Theilung seines Vermögens stellte, sondern legt dieselbe dem Ehemanne, sobald er zur zweiten Ehe schreitet, als eine unter allen Umständen zu erfüllende Verpflichtung auf.

Dies die unerwiesenen und größten Theils schon an sich unrichtigen Voraussetzungen, auf denen die Interpretation von Proch beruht. Wenden wir noch einen Blick auf die grammatische Seite seiner Erklärung. Das „eius" erklärt er in dem bestrittenen „ac pro eius portione" durch „eius, quod aequum est", und übersetzt demnach: „nach Maaßgabe des gleichen Antheils." Allein das nachfolgende „quam" in den Worten „quam vel retinere vel . . . exponere potest", das doch offenbar sich auf das „eius" bezieht, erweist klar, daß zu diesem „eius" nicht ein Neutrum, wie „quod aequum est", sondern nur ein Substantiv generis feminini supplirt werden könne. Die Beziehung, die Proch dem Worte „eius" giebt, ist mithin grammatisch unrichtig. Auf das unmittelbar vorangehende Wort „portione" aber kann jenes „quam vel retinere" ꝛc. schon deshalb nicht gehen, da ja der Vater nicht „portionem eius quod aequum est", d. h. nicht eine Quote des gleichen Antheils „retinere vel exponere potest", vielmehr von diesem Antheil nach Maaßgabe des Um-

Digitized by Google

fangs desselben „pro protione eius“ die Erziehung der Kinder bestreiten soll. Wenn ferner Proch das „eius“ auf den Antheil der Kinder bezieht, so müßte es richtiger wohl „eorum“ heißen, da es sich hier nicht um den Antheil eines, sondern sämmtlicher Kinder handelt. Unklar aber ist endlich die Deutung, die Proch den Worten „pro portione“ giebt. In dem Commentar zu unserer Stelle (die Uebersetzung lautet „nach Maaßgabe des Antheils“) erklärt er sich darüber so: „Will der Vater den Antheil der Kinder selbst disponiren (?), so ist er verbunden, sie selbst zu unterhalten oder zu ernähren und zu erziehen — und zwar nach Verhältniß des Betrages dieses Antheils. Es kann nun nach diesem Verhältniß möglich sein, daß der Antheil sich vergrößert oder verringert, je nachdem die Früchte oder Renten desselben zum Unterhalte und zur Erziehung mehr als hinreichend, oder nicht ausreichend sind“. — Indeß diese ganze Schlußbetrachtung steht mit unserem Text wenigstens in keinem nothwendigen Zusammenhange. Eben weil der Vater nach Verhältniß des Umfanges der Kindertheile, aus deren Einkünften die Erziehung einrichten soll, wird z. B. eine Verminderung derselben, nämlich der Substanz, nicht wohl eintreten. Wo dies dennoch geschehen, wäre es ein deutlicher Beweis, daß der Vater die Erziehung zu splendid eingerichtet, also nicht „pro portione eius“ ꝛc. gehandelt habe. Ob und in wie weit das Deficit von dem Vater aus seinem eigenen Vermögen bestritten werden müsse, ist eine Frage, die unser Paragraph weiter nicht berührt.

Digitized by Google

Eine dritte von den bisher angeführten in vieler Hinsicht durchaus abweichende Erklärung hat sich nach längerem Schwanken in neuerer Zeit in der Praxis gebildet. [7]) Davon ausgehend, daß der unmittelbare Wortverstand unseres Paragraphen eine sonst nicht zu beseitigende Unbilligkeit involvire, hat man den Text des Originals geändert. Statt „fortunas suas“ nämlich, liest man „illas“, es auf die in dem vorangehenden Paragraphen erwähnten bona materna beziehend, und außerdem „pro eorum“ statt „pro eius portione“. Indem man in dieser Weise unsern § 182 mit dem vorangehenden, [8]) dessen Inhalt der Nov. 22. c. 29. gleichgeachtet wird, in unmittelbare Verbindung setzt, nimmt man folgendes Resultat an. Wer zur zweiten Ehe schreiten will, muß vorher das gesammte Vermögen des verstorbenen Ehegatten gerichtlich anzeigen, nöthigen Falls erweisen. Hierauf wird dieses Vermögen in so viel Theile getheilt, als der verstorbene coniux Erben hinterlassen, nach den Regeln für die Succession der Descendenten. Der überlebende coniux erbt mit und zwar einen Kindestheil. Diesen Kindestheil muß er, damit dem § 182 Genüge geschehen könne also sicher stellen, daß derselbe nach seinem Tode bloß den Kindern des

7) Gefällige Mittheilung des Herrn Oberhofgerichtsadvocaten E. Neumann.

8) Es lautet dieser Paragraph: „Liberi diversi matrimonii bona sua materna percipient, fratribus et sororibus germanis tantum, non uterinis exclusis.“ Auch über dessen Erklärung verbreitet sich Proch in der oben Note 1 angeführten Abhandlung.

Digitized by Google

früheren coniux, ohne alle Theilnahme etwaiger Kinder aus ſpäterer Ehe, zufällt. Er verliert außerdem den Nießbrauch des bisher in ſeiner Verwaltung befindlichen, ſeinen Kindern aus der Erbſchaft des verſtorbenen Parens zugefallenen Vermögens, über welches eine beſondere Vormundſchaft conſtituirt wird, und nach der gemeinrechtlichen Alimentationspflicht hat er, wenn dieſes abgetheilte Vermögen nicht ausreicht, aus eigenem die Kinder zu alimentiren. Uebrigens braucht er den Nießbrauch des ihm zugefallenen, für die abgetheilten Kinder nur hinſichtlich der dereinſtigen Perception ſicher geſtellten Antheils, nicht aufzugeben. — Auch gegen dieſe Auslegung ſind mir manche Zweifel entſtanden, die hier unumwunden auszuſprechen mir erlaubt ſei. Vielleicht daß dadurch es deſto ſicherer zu einer Verſtändigung kommt, oder doch eine wiederholte Prüfung einer für die Wiſſenſchaft wie für die Praxis gleich wichtigen Auslegung unſers Paragraphen angeregt wird. Meine Bedenken nun ſind in der Hauptſache dieſe:

1) die Verwandlung der Worte „fortunas suas“ in „fortunas illas“ bleibt immer eine willkührliche Emendation, hervorgegangen aus dem Beſtreben, dem an ſich dunkeln Geſetze einen leichter verſtändlichen Sinn zu geben. Indeß wird dieſe Lesart, erwägt man gehörig den Zuſatz „omnes“, jeden Falls verdächtig. Auf die bona materna bezogen, hat das „omnes“ keinen angemeſſenen Sinn, denn von ſelbſt verſteht es ſich, daß der Vater ſämmtliche bona materna theilen muß. Dagegen gewinnt dieſes „omnes“ bei der Lesart „fortunas suas“

eine prägnante Bedeutung. Ist nun nach allgemeinen Grundsätzen der Kritik unter zwei Lesarten diejenige jeder Zeit vorzuziehen, bei der kein Wort überflüssig wird, so erscheint schon deshalb die obige Emendation unzulässig. Nicht minder aber ist sie es

2) ihrem Inhalt nach. Liest man nämlich „illa", sc. bona materna, so kommt der Sinn heraus, der Vater soll, bei Eingehung einer zweiten Ehe, mit den Kindern erster Ehe die denselben von ihrer Mutter hinterlassenen bona materna theilen, und zwar einen Kindestheil daran erhalten. Gemeinrechtlich würde ein derartiges Erbrecht des Ehemanns durchaus nicht begründet sein, indem nach Röm. Recht vielmehr die Eingehung der zweiten Ehe den Verlust des Eigenthumsrechts an allen lucris nuptialibus nach sich zieht. [9]) Auf das dem Vater an den bonis maternis seiner Kinder zustehende Nießbrauchsrecht, kann dagegen der Ausdruck „ex aequo dividere" in unserm Paragraphen schon deshalb nicht bezogen werden, da dieser Anspruch schon durch den Tod der Ehefrau, nicht erst durch Eingehung der zweiten Ehe entsteht. So müßte denn der in Rede stehende Anspruch des Ehemanns auf einen Kindestheil an den bonis maternis sich lediglich aus den Curländischen Statuten herschreiben. Dies aber ist um so weniger erweislich, als der § 181 diese bona materna ausschließlich den leiblichen Kindern der Mutter zuweist, ohne die geringste Erwähnung des nachbleibenden Ehe-

9) Nov. 22. c. 23—26.

gatten. Ja nicht einmal die liberi primi matrimonii des ad secunda vota schreitenden Ehemannes erhalten die bona materna allein, sondern zugleich die Kinder, welche die Frau etwa aus einer früheren Ehe hatte. So würde demnach, bezieht man das „fortunas suas", oder vielmehr das dafür substituirte „illas", auf die bona materna, eine Antinomie zwischen § 181 und 182 entstehen, nicht aber der erstere zur Erklärung des letzteren dienen.

3) Der Vater soll, nach der obigen Deutung der Praxis, den ihm in der angegebenen Weise von den bonis maternis zufallenden Antheil, damit dem § 182 Genüge geschehen könne, also sicher stellen, daß derselbe nach seinem Tode bloß den Kindern des früheren coniux, ohne alle Theilnahme etwaiger Kinder aus erster Ehe, zufällt. — Ausdrücklich sagt davon unser Paragraph nichts, wie er denn überhaupt nur von der Verwendung des aus der Theilung hervorgehenden Antheils (sei es nun des Vaters, oder der Kinder), nicht aber von den Proprietätsrechten an demselben, spricht. Nicht unwahrscheinlich dürfte hier der Praxis die Bestimmung des Römischen Rechts, in Betreff der dürftigen Wittwe, vorgeschwebt haben. Es soll nämlich nach Nov. 117. c. 5. [10]) die dürftige Wittwe, concurrirt sie mit mehr als 3 Kindern ihres verstorbenen Ehemannes, einen Kopftheil (in Concurrenz mit 3 oder weniger Kindern,

10) Vgl. oben S. 227. Note 6.

ein Viertel) von deſſen nachgelaſſenem Vermögen erhalten, und zwar an dieſem ihrem Erbtheil nur den Nießbrauch, wenn die mit ihr gemeinſchaftlich erbenden Kinder ihre eigenen ſind, während das Eigenthum daran eben dieſen ihren Kindern zuſteht, und mithin dieſen nach dem Tode der Mutter, auch wenn dieſelbe zu einer zweiten Ehe geſchritten, allein zufällt. Dieſe Analogie aber kann bei Erklärung unſers § 182 um ſo weniger angewendet werden, da, wie bereits oben ausgeführt worden, die Uebertragung des Erbrechts der dürftigen Wittwe, ſo wie der damit verbundenen Rechtsgrundſätze, auf den Ehemann, durchaus unſtatthaft iſt.

4) Der Vater ſoll, nach der Auslegung der Praxis, den Nießbrauch des bisher in ſeiner Verwaltung befindlichen, ſeinen Kindern aus der Erbſchaft der verſtorbenen Mutter zugefallenen Vermögens verlieren. Mit dieſer Erklärung ſcheinen jedoch die Worte unſers Paragraphen nicht eben im beſten Einklange zu ſtehen. Lieſt man nämlich mit der Praxis „eorum“ ſtatt „eius“, ſo können die folgenden Worte „quam vel retinere vel . . . potest“ nur von dem den Kindern zufallenden Antheil verſtanden werden, und dann liegt in eben dieſem Worten: „quam vel retinere . . . potest“ ein unzweideutiger Widerſpruch mit der Behauptung, der Vater verliere die Verwaltung des den Kindern aus der Theilung zugefallenen mütterlichen Vermögens. Wenn übrigens zum Schluß erklärt wird: „der Vater brauche den Nießbrauch des ihm zugefallenen, für die abgetheilten Kinder nur hinſichtlich der dereinſtigen Perception

Digitized by Google

des Capitals sicher gestellten Antheils nicht aufzugeben", so ist dies eine nicht undeutliche Umschreibung der Worte: „quam vel retinere vel in emolumenta liberorum exponere potest", also eine Beziehung derselben auf den dem Vater zufallenden Antheil, mithin eine Rückkehr zu der doch verworfenen Lesart „ac pro eius portione". Ueberhaupt dürfte

5) gegen die Lesart „eorum" statt „eius" der Umstand sprechen, daß es dann für „quam vel retinere potest" nothwendig heißen müßte „quas sc. liberorum partes", indem, wie schon oben erwähnt, das „quam" nicht auf das kurz vorangehende „portione", sondern nur auf ein, aus dem „eius" zu ergänzendes Substantiv, bezogen werden kann.

Dies die Bedenken, die, meines Erachtens, gegen die in der Praxis übliche Auslegung unsers Paragraphen sprechen.

§ 3.

Ansicht des Verfassers.

Wenn der Verfasser, dessen Studien erst seit verhältnißmäßig kurzer Zeit den einheimisch provinciellen Rechten sich zugewendet, es gleichwohl wagt, mit einem neuen Interpretationsversuche hervorzutreten, so bittet er, man möge darin nicht eine Anmaßung, vielmehr die Bethätigung des guten Willen erblicken, nach Kräften zur wissenschaftlichen Aufhellung des einheimischen Rechtes mitzuwirken.

Digitized by Google

Gehen wir zurück auf die Entstehung der Curländischen Statuten. Dieselben sind von einer aus Polen nach Curland gesendeten Commission verfaßt. Wenn es nun schon im Allgemeinen nicht unglaublich, daß die Commissarien, sämmtlich Polen, aus ihrem eigenen, ihnen besser als das fremde bekannten Rechte manche Bestimmung in den von ihnen verfaßten Gesetzentwurf übertragen haben, oder wenigstens das ihnen fremde Recht von dem Standpunkte des eigenen aufgefaßt haben mögen, so findet diese Vermuthung an einzelnen Beispielen ihre vollständigste Bestätigung. So um nur eines zu erwähnen, erlischt im Polnischen Recht nach einer Verordnung Sigismunds vom Jahre 1540 [11]) die nur mündlich übernommene Bürgschaft schon nach Ablauf eines Jahres und sieben Wochen, und eben diese, von dem gemeinen Recht so abweichende Bestimmung, treffen wir im § 146 der Curländischen Statuten im Ganzen wieder, denn daß die 7 Wochen weggelassen, erklärt sich wohl aus dem Bestreben, eine runde Zahl zu setzen. In ähnlicher Weise nun dürfte unser vielbestrittener § 182 aus dem Polnischen Recht die genügendste Erklärung finden.

Nach einem alten Polnischen Gewohnheitsrecht fiel beim Tode der Mutter den Kindern die Hälfte des ge-

---

11) Vgl. Herburt de Fulstin Statuta regni Poloniae. s. v. fideiussor. Koludzki Promptuarium legum et constitutionum Regni Poloniae s. v. fideiussor. Zalaszowski Iuris Regni Poloniae Tom. II. Lib. III. tit. 12.

Digitized by Google

sammten väterlichen Vermögens zu, vielleicht erklärbar aus der Ansicht, daß bei Auflösung der ehelichen Gütergemeinschaft durch den Tod der Mutter, die derselben zustehende Hälfte auf ihre Kinder sich vererbe. Indeß durften, nach einer Verordnung Casimirs des Gr. von 1368, die Kinder diesen ihnen zustehenden Antheil nicht eher fordern, als bis der Vater zur zweiten Ehe schritt. [12]) Ja eine spätere Verordnung von Wladislaus Jagello vom J. 1423 stellte selbst bei Eingehung der zweiten Ehe es dem Belieben des Vaters anheim, ob er den Kindern erster Ehe ihren Erbtheil sofort herauszahlen, oder bis zu seinem Tode im Besitz desselben bleiben wolle, nur sollte er jeden Falls den Kindern erster Ehe ihre Erbportion assigniren, d. h. feststellen. [13])

Betrachten wir nun von diesem Standpunkte aus unsern § 182. Zunächst erhellt, daß das „ex aequo dividere" nicht Kopftheile, vielmehr Theilung in zwei Hälften, und das „fortunas suas omnes" nicht, wie die Praxis es nimmt, die bona materna, sondern das gesammte väterliche Vermögen, und zwar unmittelbar, nicht wie Proch meint, indirect, im Wege der Collation, bezeichnet. Eben so leicht erklären sich nun die Worte „ac pro eius portione". Die Verfasser nämlich, denen bei dem „ex aequo dividere" der Begriff der

12) Vgl. Herburt de Fulstin a. a. O. s. v. maternalia bona.

13) Herburt de Fulstin a. a. O. ibid.

„medietas omnium bonorum patris“ vorschwebte, setzten, uneingedenk dessen, daß das Wort medietas zwar der Sache nach in dem „ex aequo dividere“ liege, aber doch nicht ausdrücklich ausgesprochen sei, getrost „eius“, um damit die Hälfte zu bezeichnen, die der Vater als Eigenthum seiner Kinder nur einstweilen behalten darf, „quam vel retinere etc. potest“ (daher auch quam sc. medietatem). Ihnen, denen die Sache selbst bekannt und klar war, fiel es nicht ein, daß eben dieses „eius“ einer Mißdeutung ausgesetzt sein könne. Von selbst finden nun auch die Worte: „quam vel retinere, vel exponere — potest“ in der dem Vater durch Wladislaus eingeräumten Wahl, entweder zu sofortiger Auszahlung zu schreiten, oder selbst im Besitz der den Kindern erster Ehe gebührenden Hälfte zu bleiben, ihre Erklärung. Jedenfalls aber muß der Vater aus dieser den Kindern zugehörenden Hälfte deren Erziehung bestreiten, die sich sehr natürlich nach dem Umfang jener Hälfte richtet. Daher „pro eius portione“. Demnach wäre der Inhalt unsers § 182, erklären wir denselben in dem Sinne seiner Verfasser, dieser: Geht ein Ehemann nach dem Tode der Frau eine zweite Ehe ein, so fällt die Hälfte seines eigenen Vermögens den Kindern erster Ehe zu. Allein herauszuzahlen braucht er ihnen diese Hälfte nicht, vielmehr kann er dieselbe bis zu seinem Tode behalten und verwalten, jedoch muß er aus ihren Einkünften, und zwar nach Verhältniß derselben, die Kinder erster Ehe erziehen und alimentiren.

Wenn nun aber, wie aus dem Bisherigen erhellen

Digitized by Google

dürfte, der § 182 der Statuten aus einem fremden Rechte nach Curland übertragen worden, so entsteht die sehr natürliche Frage, ob er auch sofort in die Praxis Eingang gefunden. Fehlt es gleich an ausdrücklichen historischen Zeugnissen darüber, so läßt sich doch auf indirectem Wege ein Resultat gewinnen, dem, wenn auch nicht volle unumstößliche Gewißheit, so doch hohe Wahrscheinlichkeit beigelegt werden dürfte. Wir finden nämlich in dem, bald nach Erlassung der Curländischen Statuten verfaßten Gesetzentwurf, — das Derschau'sche Landrecht genannt — unsern § 182 weder ausdrücklich, noch seinem so eigenthümlichen Inhalte nach, wohl aber andre Bestimmungen für den Fall, daß der Vater zur zweiten Ehe schreitet, von denen weiterhin die Rede sein wird, wieder. Wie nun dieses Schweigen zu deuten, ist eine Cardinalfrage, deren Beantwortung von der Ansicht abhängt, die man über das Verhältniß der Statuten zu dem Derschau'schen Landrecht hegt. Man könnte sich dieses Verhältniß einmal so denken, daß das Landrecht eine Aufzeichnung des in der Praxis geltenden Rechts außer und neben den Statuten, gewissermaßen als eine Ergänzung dieser letzteren, enthalte. Dem aber steht der Umstand entgegen, daß das Landrecht nicht nur Bestimmungen die in den Statuten, und zwar wie es scheint zum Theil dem Polnischen Recht entlehnt, enthalten sind, in sich aufgenommen, sondern auch solche, die den Statuten geradezu widersprechen. Ein Beispiel für jenes, bietet die Wiederholung der schon oben erwähnten auffallenden Bestimmung über die nur einjäh-

Digitized by Google

rige Wirksamkeit mündlich übernommener Bürgschaften;[14]) die sechsjährige Verjährungsfrist der Criminalklagen,[15]) die sechstägige der actio redhibitoria,[16]) die Unverjährbarkeit der bona dotalitia, der verpfändeten, und sub pacto retrovendendi verkauften Sachen,[17]) u. s. f.; ein Beispiel dagegen für dieses, die erwerbende Verjährung. Nach den Statuten nämlich wird die Ersitzung von Immobilien inter praesentes nach 6, inter absen-

---

14) Vgl. Curländische Statuten § 146: „Verbalis item fideiussio, quae in scriptis redacta non est, anno expirat", und Derschau'sches Landrecht B. II. classis I. tit. 1. art. 11 § 7: „Einne muendliche buergschafft, die nicht in schriften verfasset, verlischet in Jahres Frist."

15) Vgl. Curländische Statuten § 150: „Criminales (sc. actiones) sexennio tolluntur, excepto crimine laesae maiestatis et perduellionis" und Derschau'sches Landr. B. II. classis I. tit. 1. art. 11. § 3: „Die peinlichen und Criminalsachen, sollen nach 6 Jahren praescribirt undt erloschen seyn, ausbenommen das crimen laesae majestatis et perduellionis."

16) Vgl. Curländische Statuten § 148: „Rem vitiosam emens intra sex dies eam Iudicis definitione redhibere vel retinere tenebitur" und Derschau'sches Landr. a. a. O. B. II. cl. I. tit. 1. art. 11. § 8: „Wer ein ding, so schad- oder boeshafft ist, verkaufet, der soll es dem Gerichte in 6 Tagen, darin zuerkennen darstellen, oder es hernach ohne ferners Klagen behalten."

17) Vgl. Curländ. Statuten § 152: „Neque bona dotalitia uxoris, neque pignori data, aut cum pacto reluendi vendita, neque fines certis limitibus ac literis determinati ac circumscripti ab usurpatore alienorum limitum et litigiosarum possessionum praescribuntur etc." und Derschau'sches Landr. B. I. cl. I. tit. 1. art. 11. § 5: „Die Praescription hat auch nicht statt, wieder einne Fraw Ihres Heuraths Gubts halber, wie denn auch die Leibszucht oder dotalitium nicht verjaehret werden kann." § 6: „Die Praescription soll auch nicht statt haben, in hipothecen, verpfaendun-

Digitized by Google

tes schon nach 12 Jahren vollendet, [18]) während das Derschau'sche Landrecht die gemeinrechtliche Verjährungsfrist von 10 und 20 Jahren recipirt hat. [19]) Demnach scheint das Verhältniß des Landrechts zu den Statuten ein selbstständigeres, etwa dieses, gewesen zu sein. Das Derschau'sche Landrecht hat die Statuten vollständig in sich aufgenommen, aber nur, so fern die Bestimmungen der letztern wirklich in die Praxis Eingang gefunden. Daraus erklärt sich, daß das Landrecht, wiewohl es in einzelnen Titeln der Reihefolge der Paragraphen der Statuten folgt, doch da, wo die letzteren zu kurz und lückenhaft sind, durch Einschaltung oft ganzer Lehren gar viel Abweichungen darbietet; ferner, daß in dem Landrecht einzelne Paragraphen der Statuten in

---

gen, vndt wiederkaeufflichen Guehtern, sondern solche Vnterpfaende, vndt wiederkaeufliche Guehter vermoege der auffgerichteten Contracten, Jederzeit eingeloehsset, vndt wieder erkauffet werden koennen, Es sey denn das dass pactum retrovenditionis auff einne gewisse Zeit bestimmet sey." § 9: „Wann Jemandes seinne Grentze mit gewissen mahlzeichen bezeichnet, vndt sich ein anderer in solche seinne Grentze eindringen wirdt, soll demselben, der sich dergestaldt eindringen wirdt, keinne praescription zustatten kommen."

18) Curländ. Statuten § 147: „Res immobiles inter praesentes sexennio, inter absentes duodecim annis praescribuntur."

19) Derschau'sches Landr. B. II. cl. I. tit. 1. art. 11. § 1: „Alle bewegliche guetter sollen Innerhalb 3 Jahren, die Vnbeweglichen aber vntter den anwehsenden In 10 Jahren, vntter den abwehsenden aber in 20 Jahren, a tempore scientiae, vndt da man dessen wissenschafft gehabet, an zu rechnen praescribiret vndt verjaehret seyn. Jedoch dass von dem besitzer vorher bona fides, Justus titulus, vndt quieta Possessio erwiesen werde."

Digitized by Google

mehrere Paragraphen zerstückelt, [20]) daß umgekehrt ganze Paragraphen der Statuten in dem Landrecht gar nicht erwähnt, andre, wie z. B. die über Ersitzung der Immobilien mit ganz veränderten Bestimmungen aufgenommen sind. [21]) Von diesem Standpunkte nun aus scheint die Weglassung des § 182 der Statuten in dem Landrecht die Behauptung zu rechtfertigen, daß die Bestimmung jenes § wenigstens alsbald in die Praxis nicht übergegangen sei. Ja es gewinnt diese Behauptung nicht wenig Unterstützung, vergleichen wir die Paragraphen, die in dem Derschau'schen Landrecht von den Güterverhältnissen, die durch Eingehung einer zweiten Ehe von Seiten des Ehemannes begründet werden, handeln. Es heißt nämlich daselbst [22]):

1. Buch II. classis II. tit. 2. art. 1. § 10. Wann Kinder vntterschiedener Ehe seyndt, So sollen die Kinder der Ehesten Ehe Ihr Mütterliches, So der Vatter bei der Ehesten Theilung bei Sich behalten, wo es nicht ausgekehret weh-

---

20) Vgl. Note 17, desgl. Derschau'sches Landr. B. II. cl. I. tit. 1. art. 3. § 1 und 4, vgl. mit § 84 der Curländ. Statuten.

21) Eben so soll nach den Curländ. Statuten § 84, wer auf des andern Grundstück das Recht der Honigweide hat, dem Eigenthümer des Grundstücks den Honig, das Liespfund für drei Mark, nach dem Derschau'sches Landrecht B. II. cl. I. tit. 1. art. 3. § 1. für fünf Mark überlassen.

22) Das mir vorliegende Manuscript des Derschau'schen Landrechts ist abwechselnd mit deutschen und lateinischen Buchstaben geschrieben.

Digitized by Google

re, Voraus nehmen, Vnd die Kinder anderer Ehe Ihr Mütterliches, ebenmäßig voraus empfangen, Vndt in den Vätterlichen, wie droben gedacht, zugleich succediren, vnd erben; Jedoch daß die Töchter Eheſter Ehe, das Jenige, So Ihnen vom Vatter für aussteuer, Kleidung und zihrat gegeben worden, wiederumb einbringen, welches die Töchter anderer Ehe wo Sie dieſer Geſtalt etwas empfangen, Ebenmäßig thun ſollen.

2. Buch II. classis II. tit. 2. art. 1. § 11. Wo aber der Vatter den Kindern ſolchen Ihren fräwlichen Schmuck verehret, oder nachgegeben hatt, So dürfen Sie nicht mehr als Ihre Mittgabe conferiren vnd wieder einbringen.

3. Buch II. classis II. tit. 2. art. 4. § 5. Wann Eine Fraw verſtirbet vnd verläſt hintter Sich Kinder, So magk vnd ſoll der Mann oder Vatter Ehe er zur andere Ehe ſchreittet, wegen der Mütterlichen Gühter, mit auffrichtung eines Inventarij Richtigkeit machen, vnd alsdann auf genugſahme Caution dieſelben, bis die Kinder erwachſen vnd mündig geworden, bey Sich behalten.

Ganz unverkennbar ſind dieſe Stellen aus den Curländiſchen Statuten (§ 181—184) [23]) geſchöpft,

23) Dieſe lauten in ihrem Zuſammenhange: § 181: „Liberi diversi matrimonii bona sua materna percipient, fratribus et sororibus

und zum Theil eine reine Uebertragung derselben. So entsprechen Nr. 1 und 2 den §§ 181, 183 und 184. Nr. 3 dagegen unserm vielbestrittenen § 182, jedoch mit nicht unwichtigen Modificationen. Während nämlich der § 182, bei Eingehung der zweiten Ehe dem Ehemann die Theilung seines eigenen Vermögens auferlegt, spricht Nr. 3 nur von der Verpflichtung des Ehemanns das mütterliche Vermögen seiner Kinder erster Ehe zu inventarisiren, läßt ihm aber gegen Caution die Verwaltung desselben bis zur Mündigkeit der Kinder. In sofern, könnte man nun sagen, stimme das Derschau'sche Landrecht, dem Resultate nach, mit der jetzt in der Praxis üblichen Erklärung unseres Paragraphen überein, als es die „fortunas suas omnes" auf das mütterliche Vermögen beziehe: allein wir haben es hier offenbar nicht mit einer bloßen Interpretation, vielmehr

---

germanis tantum, non uterinis exclusis." § 182: „Pater ad secunda vota transiens, fortunas suas omnes, cum liberis primi matrimonii ex aequo dividere, ac pro eius portione, quam vel retinere, vel in emolumenta liberorum exponere potest, fructibus eos alere ac educare tenebitur." § 183: „Patre defuncto liberi primi matrimonii, quod in dotem ac mundum muliebrem a patre ipsis datum fuerit, conferre, et post hanc collationem factam in paterna hereditate, ex aequo cum liberis secundi matrimonii succedere debent." § 184: „Si pater mundum muliebrem eis condonaverit, tum nihil conferre tenebuntur." In diesem letztern § ist offenbar das „nihil" nur auf das „mundum muliebrem" zu deuten, ohne daß dadurch die Collationspflicht der etwa empfangenen „dos" aufgehoben würde, daher denn auch Birkel in seiner Uebersetzung dieses § ganz richtig die Worte „außer der Mitgift" hinzufügt. Dadurch fällt der scheinbare Widerspruch zwischen § 184 und der oben unter № 2 abgedruckten Stelle des Derschau'schen Landrechts weg.

einer directen Abänderung des § 182 durch das Derschau'sche Landrecht zu thun, zumal darin der Theilung, wie sie § 182 vorschreibt, gar nicht gedacht ist. Wenn demnach, wie es scheint, mit Gewißheit angenommen werden kann, daß der § 182, seinem ursprünglichen Inhalte nach, anfangs in die Praxis nicht übergegangen, ihm vielmehr durch ein abweichendes Gewohnheitsrecht derogirt worden sei, so entsteht die Frage, wie es sich mit seiner jetzigen Anwendbarkeit überhaupt verhalte? und ob, wenn eine solche anzunehmen, er in dem Sinne seiner ursprünglichen Verfasser, oder in dem der jetzt in der Praxis üblich gewordenen Auslegungsweise zu erklären sei? Ließe eine vollständige desuetudo sich nachweisen, so würde natürlich von einer weiteren Anwendung des § 182 nicht mehr die Rede sein können. Dies aber scheint um so weniger der Fall, als die wiederholten Auslegungsversuche das Bestreben darthun, den Inhalt des Gesetzes für seine practische Anwendbarkeit mit den Prinzipien der Billigkeit in Einklang zu bringen. Anlangend aber die zweite Frage, dürfte eine zweifache Beantwortung möglich sein. Einmal nämlich, daß, sofern die Bestimmungen der Curländischen Statuten nur in soweit verbindend seien, als sie practisches Recht geworden, auch nur die Praxis über die Auslegungsweise entscheiden könne. Sodann zweites, daß die Erklärung eines Gesetzes im Sinne seiner Verfasser, schon nach allgemeinen Rechtsprincipien absolut den Vorzug verdiene. Für diese letztere Ansicht möchte der Verf. aus einem doppelten Grunde sich erklären: da nämlich das Derschau'sche Landrecht nie gesetzliche Bestäti-

Digitized by Google

gung erhalten, so kann die Art und Weise, in der hier der Art. 182 umgebildet worden ist, auf Gesetzeskraft eben so wenig Anspruch machen, als es jemandem einfallen wird, zu behaupten, daß bei Ersitzung von Immobilien, die 10 und 20jährige Frist des Landrechs der 6 und 12jährigen der Statuten vorgehen müsse. Hingegen die jetzt in der Praxis übliche Auslegung unseres Paragraphen kann der Verfasser, aus den oben weiter ausgeführten Gründen, nur als eine auf unrichtigem Verständniß des Gesetzes beruhende betrachten, und muß demnach auch hier wiederholt zu einer schon in einer früheren Abhandlung [24]) von ihm vertheidigten Ansicht sich bekennen, auf den Ausspruch Justinian's [25]) sich stützend: „quae male excogitata sunt, ea nec longa consuetudine confirmari volumus".

---

24) Vgl meine Abhandlung „über die Aufhebung von Rechtsgeschäften wegen laesio enormis," oben N. V. § 1.

25) Novelle 134. c. 1. (nach der Uebersetzung Homberg's).

Digitized by Google

X.

Ueber Querelen, nach Livländischem Recht.

Unter Querel wird in Livland ein Rechtsmittel verstanden, welches wider alle in einer Proceßsache gefällten Interlocute, (Zwischenbescheide, Beiurtheile,) d. h. solche Decrete, wodurch nicht die Hauptsache, sondern ein Nebenpunkt der streitigen Sache entschieden wird, angewandt werden kann. Dieses Rechtsmittel hat zunächst zur Folge, daß das angefochtene Interlocut in seiner Wirkung gehemmt wird. Die weitere Verhandlung der Hauptsache soll durch die Querel zwar nur dann aufgehalten werden, wenn das Interlocut Einfluß auf solche hat; da aber die Oberinstanz nach jeder Querel die Originalacten der Unterinstanz einfordert, so wird auf solche Weise, selbst wenn auch gegen Interlocute, die keinen Einfluß auf die Hauptsache haben, querulirt worden, immer der Fortgang der Hauptsache auf so lange gehindert, bis über die Querel vom Oberrichter erkannt worden ist. Welches Feld dadurch der Chikane eröffnet wird, besonders wenn die böswilligen Litiganten nicht, wie das Gesetz es vorschreibt, einer Strafe unterzogen werden, läßt sich leicht ermessen. Es braucht der Parte, der es auf Verschleppung der Sache und Ermüdung seines Gegners abgesehen hat, nur recht viele, ganz unbegründete Einreden vorzubringen, und Interlocute darauf, gegen die er querulirt, zu veranlassen, um

Digitized by Google

seinen Zweck zu erreichen, wobei ihm in einigen Städten, wie Dorpat und Pernau, noch zu Hülfe kommt, daß das Voigteigericht die erste, der Rath die zweite und das Hofgericht die dritte Instanz ist. Ist er z. B. mit einer dilatorischen Einrede vom Voigteigerichte mittelst Interlocuts abgewiesen worden, so querulirt er an den Rath, und hat auch dieser zu seinem Nachtheil entschieden, so wendet er sich mit der Querel an das Hofgericht. Ist nun endlich in der dritten Instanz dieser Nebenpunkt beseitigt, und die Sache qualificirt sich nicht zur Revision an Einen dirigirenden Senat, so setzt der böswillige Litigant, ohne sich auf die Hauptsache einzulassen, seinem Gegner andere unbegründete peremtorische Einreden entgegen, und bewirkt durch Querelen, daß diese Nebenpunkte wieder in drei Instanzen zur Verhandlung und Entscheidung kommen müssen. Es ist leicht einzusehen, daß so Jahre vergehen können, bis es zur directen Erklärung auf die Klage und Verhandlung der Hauptsache kommt, und selbst dann noch findet der Parte Gelegenheit, und besonders beim Beweisverfahren, neue Exceptionen, z. B. gegen Zeugen, zu machen, und gegen die über dieselben erkennenden Interlocute Querelen anzumelden und diese wieder durch drei Instanzen durchzuführen. Kommt nun noch hinzu, daß sogar Querelen gegen Bescheide wegen abgeschlagener Fristgesuche interponirt und angenommen werden, so leuchtet ein, daß auf solche Weise es leicht möglich wird, eine sonst ganz einfache Sache so in die Länge zu ziehen, und den Gegner so zu ermüden, daß dieser bei

Digitized by Google

einer noch so gerechten Sache es für gerathener findet, den nachtheiligsten Vergleich einzugehen, oder die Sache selbst ganz fallen zu lassen, als sie weiter fortzuführen. Daß solche Gelegenheit zur Chikane nur zu oft und mit Erfolg benutzt wird, — davon finden sich in den Acten der Behörden vielfache Beispiele. Je nachtheiliger nun die Folgen davon für die Justiz sind, und je herabwürdigender und erniedrigender es für den Richter von Ehre und Gewissen ist, so von chikaneusen Parten gemißbraucht werden zu können, desto mehr muß man sich verpflichtet halten, die Frage aufzuwerfen, ob die geltend gewordenen Ansichten von der Anwendbarkeit und den Folgen und Wirkungen der Querel auch wirklich und klar in den Gesetzen begründet sind?

Was nun zunächst das Stadtrecht in Livland anbetrifft, so läßt sich leicht das Gegentheil erweisen. Denn die Rigischen Statuten erwähnen gar keiner besonderen Rechtsmittel gegen Zwischenbescheide der Unterbehörden, und verstehen unter Querelen nur Rechtsmittel gegen Definitivsentenzen in Sachen armer Personen oder Wittwen und Waisen, oder in solchen, die von geringem Werthe sind, oder wo periculum in mora ist (Stat. Rig. Abgeänd. Art. Tit. 28. § 4.); im Uebrigen verordnen sie in den abgeänderten Artikeln ad Tit. 31. § 2, daß gegen Interlocute des Raths bei Berufungen an die höhere Obrigkeit das Rechtsmittel der Appellation stattfinden soll, und zwar nur gegen solche Interlocute, die vim sententiae definitivae haben. Hiermit stimmt auch das bei den Livländischen Städten in subsidium gel-

tende römische Recht überein, indem es, zur Vermeidung des Verschlepps der Sachen, zwar in L. 36. Cod. de app. (7. 62) alle Appellationen vor dem Endurtheil bei Strafe ganz verbietet, indeß zugleich dem sich gravirt findenden Theile freistellt, die ihm durch ein Interlocut widerfahrene Rechtsverletzung in seiner Appellationsbeschwerde gegen die Definitivsentenz auszuführen, (potest enim in appellatione — contra sententiam definitivam — omnia denudare) woraus denn auch von vielen Rechtslehrern mit Recht gefolgert wird, daß gegen solche Interlocute, welche dem gravirten Theile keine Gelegenheit mehr geben, seine Rechte in der Appellation gegen das Endurtheil geltend zu machen, was bei Interlocuten cum vi definitivae sententiae der Fall ist, die Appellation ausnahmsweise zulässig sei.

Anlangend die Bestimmungen des Landrechts, so sind solche über den fraglichen Gegenstand folgende:

1) Königliche Resolution vom 22. Septbr. 1671 (Landesordnungen) pag. 46. § X:

> „daß ad unius partis instantiam die appellationes, so von schlechten Interlocutoriis oder Abscheiden, die keine vim definitivae haben, vom Königlichen Landgericht nicht fort nachgegeben, und der Proceß dadurch stutzig gemacht werden möge."

2) Proceß-Ordnung vom 4. Juli 1695. § 24 (L. O. Seite 628):

> „— — und ist Niemanden zugelassen, von solchen interlocutorischen Urtheilen zu appelliren, sofern

nicht etwas ist, so den Parten an der Hauptsache selbst entweder binden oder beschweren könnte."

3) Landlag S. 351. not. a (Königlicher Brief an die Hofgerichte vom 5. Februar 1697):

„Wenn auch Jemand wegen streitigen Zeugnisses, sonderlich aber in criminalibus, sich über eine erhaltene Resolution gravirt befindet, so soll er anstatt rechtlicher Appellation dem Richter sofort zu erkennen geben, daß er mit dessen Ausschlag nicht zufrieden sei, auch ferner ohne Verzögerung seine Klage dawider schriftlich oder mündlich binnen halb so vieler Zeit, als sonst ordinarie nach dem Proceß an das Königliche Hofgericht zu gehen vergönnt wird, daselbst vortragen."

Nach den beiden ersten Gesetzesbestimmungen ist es wohl klar, daß auch das Landrecht nur gegen Interlocute, welche die Kraft von Endurtheilen haben, Rechtsmittel mit suspensiver Kraft zuläßt. Eine Ausnahme wird durch das zuletzt angeführte Gesetz nur im Beweisverfahren wegen streitigen Zeugnisses in der Art zugelassen, daß gegen Interlocute in dergleichen Sachen Beschwerden, mit halber Fatalienfrist und sonstiger Abkürzung des Verfahrens, Statt finden können.

Später als die angeführten Gesetze ist den Unterbehörden vom Livländischen Hofgerichte eine vom Könige Carl dem XII. aus Praga an das Stockholmsche Hofgericht erlassene Resolution vom 15. April 1703 bekannt gemacht worden, worauf besonders das gegenwärtige Verfahren in Querel-Sachen gestützt wird. Es heißt

darin, daß in allen Präliminar- und Processual-Zwistigkeiten (dieselben allein ausgenommen, worin die Appellation durch eine oder die andere Königliche Verordnung vor diesem ausdrücklich verboten zu seyn befunden werden möchte) statt der ordinairen Appellation oder Revision, eine Beschwerde mit abgekürztem Verfahren gestattet sein soll. Liest und prüft man diese Resolution in ihrem ganzen Umfange, *) so drängen sich unter andern folgende Zweifel auf, als nämlich:

---

*) Dieselbe ist in der Publication des Livländischen Hofgerichts vom 18. Juli 1703 enthalten, welche wörtlich lautet: „Wir Graff, Königlicher Rath und Präsident wie auch Vice-Präses und sämmtliche Assessores des Königlichen Hofgerichts in Livland: Fügen hiemit zu wissen: Waßmassen Ihro Königliche Majesté auf unterthänigsten Vortrag des Königlichen Stockholmischen Hoffgerichts, daß bei denen Gerichtsstühlen sonderlich in Criminal-Sachen sich öffters zutragen solle, daß die Parten, welche das wenigste Vertrauen zu der Rechtfertigkeit ihrer Sache haben, allerhand Neben quaestiones hervor suchen, selbige auch bey einem Gerichte zum andern, um die Zeit damit zu verschleppen und der Iustice unbehinderlichen Lauff aufzuhalten, moviren sollen, d. d. Prage d. 15. April a. c. eine solche Allergnädigste Antwort ertheilet, daß höchstgedachte Ihro Königliche Majesté umb solchen Verschleppungen und Illusionen der Iustice vermittelst Suchung der Appellation und Revision in allen praeliminar und processual-Streitigkeiten, vor gut befunden, die fatalia darinn auf gleiche Weise abzukürtzen, als Ihro Hochseeligen Königlichen Majesté es in denen Sachen, die Zeugen betreffend den 5. Febr. 1697 verordnet haben. Wie nun solchen Ihro Königlichen Majesté Allergnädigsten Willen und Verordnung die in Abwesenheit Hochgedachter Ihro Königlichen Majesté zu Administrirung der Iustice verordnete und bevollmächtigte Räthe, mittelst dero Schreiben auch an dieses Königliche Hoffgericht haben

1) was ist unter Präliminar- und besonders unter Processual-Zwistigkeiten zu verstehen?

---

gelangen lassen, mit Begehren; daß allen und jeden solches zur Nachricht publiciret werde; Als wird allen und jeden unter diesem Königlichen Hoff-Gerichte sortirenden hiemit Kund gemacht: daß in allen praeliminar- und processual-Zwistigkeiten insgemein (dieselben allein ausgenommen, worinn die Appellation durch ein oder andere Königliche Verordnung vor diesem ausdrücklich verbothen zu seyn befunden werden möchten) derjenige, welcher durch die ausgefallene Resolution sich beschwert zu sein befindet, anstatt der sonst zu suchenden rechtlichen Appellation oder ordinairen Revision, stracks sich bey dem Richter anmelden, und daß Er mit dem gegebenen Ausschlag nicht zufrieden sey, Kund thun, desgleichen auch ohne Aufhaltung beym Oberrichter seine Beschwerde münd- oder schriftlich, nemlich von den Unter-Gerichten in Städten an Bürgermeister und Rath im dritten Gerichtstage (es sey denn, daß der Richter eine längere Zeit nöthig zu seyn prüfen würde) vortragen, die Sache auch sodann Summario Processu und nach dem die Parten entweder mündlich oder allein vermittelst einer Schrifft ein jeder seine Nothdurfft vorgetragen, aufgenommen und stracks abgethan werden, von Härads-Gerichten und andern dergleichen Gerichtsstühlen, wie auch von Bürgermeister und Rath mögen die Parten innerhalb der Hälffte von der Zeit als sonst ordinair in den Processen an die Hoff- und andere dergleichen Ober-Gerichte zukommen, vergönnet ist, sich angeben. Bey Ihro Königliche Majesté Iustitiae Revision aber muß solches stracks supplicando geschehen, auch dannehst innerhalb einer halb so langen Frist als sonst vorgeschrieben ist. Worin mittelst auch die Acta selbst, nebst dem Protocoll und rationibus sententiae in originali, wofern sie weitläuftig sind, sambt des Klägers deduction einkommen, afterfolget und außgeführet werden sollen. Woneben Ihro Königliche Majesté jedoch auch wollen, daß wofern jemand ohne rechte Erheblichkeit dergleichen Sachen von einem Gerichtsstuhl zum andern zu schleppen gesuchet zu haben, würde befunden werden, derselbe zu Erstattung allen Schadenstandes und Gerichtskosten condemniret, und daneben als ein temere litigans büßen solle. Nach welcher Ihro Kö-

2) Sind nicht alle Querelen gegen solche Interlocute unstatthaft, welche keine vim sententiae definitivae haben, da die vorangeführten Verordnungen die Appellation gegen dergleichen Interlocute ausdrücklich verbieten und die vorliegende Königliche Resolution von 1703 im Fall des Bestehens solcher Verordnungen die Beschwerde oder Querel offenbar als unzulässig erklärt?

3) Welche Frist soll zur Anmeldung der Querel Statt haben, da in der Königlichen Resolution nur ganz unbestimmt gesagt ist, daß der Querulant sich stracks bei dem Richter anzumelden, und, daß er mit dem gegebenen Ausschlag nicht zufrieden sei, kund zu thun habe?

4) Ist die Einforderung der Acten statthaft
   a) nur bei Beschwerden gegen Decrete des Hofgerichts an den König, oder auch bei denen gegen Decrete der Unterbehörden an das Hofgericht? und
   b) nur dann, wenn die Acten voluminös oder weitläuftig sind, oder auch im entgegengesetzten Fall? und endlich

5) Mit welcher Strafe soll der temere querulans

---

niglichen Majesté Allergnädigsten Verordnung sich hinführo ein jeder zu richten und derselben gehorsamst nachzuleben ihm wird angelegen seyn lassen. Signatum im Königlichen Hoff-Gericht, auf dem Königlichen Schlosse zu Riga den 18. Juli A. 1703."

Digitized by Google

belegt werden? da nur von einer Strafe, ohne Festsetzung des Maaßes, im Gesetze die Rede ist.

Der Einfluß, den die Lösung dieser Zweifel auf den ganzen Proceßgang in Civilsachen ausüben mußte, war zu groß und zu wichtig, als daß man sich nicht hätte veranlaßt sehen sollen, über dieselben eine Entscheidung von der gesetzgebenden Autorität zu erbitten. Dieß unterblieb jedoch, und statt dessen hat man nach und nach die oben bemerkte Praxis nicht nur bei den Landes-, sondern auch bei den, auf Rigisches Recht ausdrücklich angewiesenen Stadtbehörden in Gang gebracht. Wie die angeführte Königliche Resolution in Schweden selbst erklärt und vervollständigt worden, läßt sich aus einer im Jahre 1726 erschienenen neuen Ausgabe des Landlagh und der darin angeführten Königlichen Resolutionen von 10. März 1718, so wie aus dem auf dem schwedischen Reichstage von 1734 angenommenen schwedischen Gesetzbuche, bestätigt von Sr. Kaiserlichen Majestät für das Großfürstenthum Finnland und im Jahre 1824 auf Allerhöchsten Befehl ins Russische übersetzt, entnehmen.

Im Landlag von 1726 Seite 669 heißt es:

„In Präliminar-, Processual- und Zeugen-Streitigkeiten wird keine Appellation zugelassen, sondern der darin mit dem Ausschlag Rechtens nicht zufrieden ist, mag binnen zweimal 24 Stunden seine Unzufriedenheit zu erkennen geben, und wenn die Entscheidung in der Hauptsache an den Oberrichter gelangt, darüber seine Beschwerde anbringen. Königliche Majestät Resol. den 10. März

1718. Ist aber in Praeliminar- und Processual-Streitigkeiten so entschieden, daß derselbe Richter sich nicht mit der Hauptsache befassen und darin ein Urtheil fällen kann, so wie da der Richter den Beklagten von der Litiscontestation befreit, oder die Sache von sich schiebt, so ist die Appellation dawider zulässig."

Ferner im schwedischen Gesetzbuche von 1734 wird verordnet: Proceß Cap. XVI: Ueber verschiedene Einreden im Laufe des Processes, so wie über Dilationen:

§ 1. „Wenn der Beklagte vor Gericht erscheint, indeß einwendet, daß die Sache nicht vor den Richter zur Verhandlung gehöre, so hat der Richter solches zu untersuchen und zu entscheiden. Der unzufriedene Theil hat seine Unzufriedenheit sogleich und nicht später als den folgenden Tag zu erklären, und sodann seine Beschwerde im Laufe der Hälfte der Frist, welche für Appellationen von Lagmannsgerichten und von Stadträthen festgesetzt ist, im Hofgericht anzubringen. Der Richter hat in der Entscheidung anzuführen, an welchem Tage vor 12 Uhr die zu beobachtende Frist abläuft. Wenn der unzufriedene Litigant einer von diesen Bestimmungen nachzukommen verabsäumt, so verliert er das Recht, sich hinsichtlich dieses Gegenstandes zu beschweren, und ist die Entscheidung in der Hauptsache erfolgt, so muß er eine Pön von 20 Thalern oder auch mehr erlegen, sobald sich ergiebt, daß die Exception nur

Digitized by Google

in der Absicht gemacht worden, um die Sache zu verzögern."

§ 2. Hat er indeß seine Beschwerde beim Hofgericht in der gehörigen Zeit verabreicht, so hat das Hofgericht dem Gegner bei einer Geldstrafe einen Tag zur Erklärung, angemessen der Entfernung seines Wohnorts, zu bestimmen; eben so hat es eine Erklärung von der Behörde einzuziehen, sobald dazu eine Nothwendigkeit vorhanden ist. Hierauf hat das Hofgericht ohne Verzug eine Entscheidung auf die Beschwerde zu treffen, und derjenige, der ohne Grund geklagt hat, ist gehalten, eine Strafe von 30 Thalern oder auch mehr nach Beschaffenheit der Sache zu erlegen. Wegen Abänderung einer solchen Entscheidung kann der König nicht angegangen werden." — (Folgt das Querelverfahren in Sachen, die vom Hofgericht in 1ster Instanz entschieden worden.)

§ 3. „Wenn Jemand den Einwand macht, daß außer ihm auch andere in der Sache interessirt sind, und daß sie mit vor Gericht adcitirt werden müßten, um gemeinschaftlich Rede zu stehen, so ist auf gleiche Weise, wie oben bemerkt worden, zu verfahren."

§ 4. „Macht indeß Jemand andere Exceptionen als hier angeführt sind (exceptio fori incompetentis und plurium litis consortium), sei es gegen den Richter oder den Gegner, oder wenn Jemand er-

klärt, daß er mit letzterem nicht streiten wolle, oder wenn eine Exception, welcher Art sie auch sein möge, vor der Einlassung oder nach derselben angebracht wird; so hat der Richter eine separate Entscheidung zu treffen, falls es die Sache erfordert, und muß in jedem Fall, gleichviel ob die Entscheidung die Hauptsache betrifft oder nicht, die Verhandlung der Hauptsache sogleich nach gefällter Entscheidung fortsetzen, wenn gleich auch einer von den streitenden Theilen seine Unzufriedenheit im Laufe der in den §§ 1. und 2. festgesetzten Frist verlautbart. Die höhere Instanz darf keine Querelen über Fehler im Proceß annehmen, so lange die Unterinstanz nicht in der Hauptsache entschieden hat. Wendet sich der verlierende Theil mit einer Beschwerde an den Oberrichter wegen der Hauptsache, alsdann ist ihm gestattet, zugleich auch wegen der separaten, in den angeführten Fällen getroffenen Entscheidungen Beschwerde zu führen."

Digitized by Google

XI.

Das Römische Recht in dem Esthländischen Ritter- und Landrecht.

Von C. G. v. Madai.

Fortsetzung.

Es sind in dem Bisherigen nur die hauptsächlichsten, sofort in die Augen fallenden Modificationen, die das Setum Macedonianum in unserm RR. erlitten hat, hervorgehoben worden. Wenden wir uns nun zu solchen Punkten, bei denen theils durch die abgeänderte Wirkung des Senatsconsults, theils durch das Ineinandergreifen der für filiifam. und Minderjährige geltenden verschiedenen Rechtsprincipien, Zweifel mancherlei Art entstehen.

1) Das von einem filiusfam., während er noch unter väterlicher Gewalt stand, contrahirte Darlehn wird gültig, wenn er, sui iuris geworden, dasselbe in irgend einer Art, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, z. B. durch theilweise Zahlung, anerkannt hat. [7]) Dies erklärt

7) L. 2 C. ad Sctum. Macedon. (4, 28) — Zenodorus si, cum sui iuris esse publice videretur, aut patris voluntate contraxit, aut in eam rem pecuniam accepit, quae patris oneribus incumberet, vel suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit, vel alias agnovit debitum: non esse locum decreto amplissimi ordinis, rationis est. Vgl. auch L. 7 § 16 D. ad Sct. Macedon.

Digitized by Google

sich vom Standpunkt des Römischen Rechts aus auf sehr natürliche Weise dadurch, daß in solchem Falle ein constitutum debiti proprii vorliegt, indem ja das von dem filiusfam. aufgenommene Darlehn, wenn auch keine obligatio civilis, so doch eine obligatio naturalis begründete, die erst durch das spätere constitutum Klagbarkeit gewinnt. Wie aber verhält es sich damit nach unserm RR.? Es scheint des rechten Ortes, hier als eine Vorfrage die oben ohne weitere Begründung ausgesprochene Behauptung, unser RR. habe die Wirkungen des Sct. Macedonianum geschärft, näher zu erörtern. Indem unser RR. im Art. 2 sagt „einem Minderjährigen ... soll man nicht leihen, oder es verlieret einer, was er ihm geliehen hat", ordnet es den Verlust des geliehenen Geldes offenbar als eine Strafe für den Gläubiger an. Daraus aber folgt, daß die Forderung in jeder Beziehung als eine nichtige, als eine obligatio lege reprobata, angesehen werden müsse. Von der Möglichkeit eines späteren Giltigwerdens derselben im Wege eines s. g. constitutum, etwa durch nachheriges Anerkenntniß der Schuld, kann mithin nicht die Rede sein, da jedes constitutum mindestens die Existens einer obligatio naturalis voraussetzt. Vielleicht aber möchte man so argumentiren: erkennt der filiusfam., nachdem er sui iuris geworden, das empfangene Darlehn an, und verspricht es zu bezahlen, so entspringt aus diesem Versprechen eine neue vollkommen klagbare Obligation. Allein dann würde es ja in der Macht des Schuldners liegen, den Gläubiger einer Strafe, die gegen denselben im öffent-

lichen Interesse verhängt worden ist, beliebig zu entziehen, und so dürfte richtiger im Sinne unsers Ritterrechts die spätere Ratihabition das von dem filiusfamilias empfangene Darlehn keineswegs gültig machen. Daß nach Röm. Recht das Gegentheil stattfindet, erklärt sich sehr wohl. Zwar ist auch hier die exceptio Sctι Macedoniani als eine Strafe für den Gläubiger zu betrachten: allein nicht das Recht auf die dem filiusfam. geliehene Geldsumme, sondern nur das Recht, sie einzuklagen, ist hier dem Gläubiger entzogen, und somit handelt der filiusfam., der sui iuris geworden, dennoch die Schuld bezahlt, oder auf ein constitutum sich einläßt, durchaus nicht gegen das Gesetz, wie dies bei unserm RR. der Fall sein würde.

2) Nach Röm. R. kann der filiusfam. bei Aufnehmung eines Gelddarlehns einen Bürgen seinem Gläubiger stellen. Die Sicherheit, die dieser letztere dadurch gewinnt, ist freilich gering, indem ja auch dem Bürgen gegen die Klage des Gläubigers die exceptio Sctι Macedoniani zusteht. [8]) Nach unserm RR. dagegen dürfte überhaupt die Möglichkeit einer Bürgschaft für Geldschulden eines filiusfam., wie eines Minderjährigen, im Allgemeinen in Abrede gestellt werden müssen, da theils eine obligatio accessoria ohne obligatio principalis undenkbar, und theils entgegengesetzten Falls die dem

8) L. 9 § 3 D. ad Sct. Macedonianum. L. 7 § 1 D. de exceptionibus.

Gläubiger von dem Gesetze zugedachte Strafe des gänzlichen Verlustes seiner Forderung leicht umgangen werden könnte. Ausnahmen, die jedoch in der Natur der Sache begründet, lassen sich freilich auch hier denken. Uebernimmt nämlich jemand im Auftrage des Vaters die Bürgschaft bei Contrahirung eines Darlehns durch den filiusfam., so ist nicht nur diese Bürgschaft an sich rechtsbeständig, sondern auch der Bürge zur Zahlung ohne Rücksicht auf das Setum Macedonianum verpflichtet. Denn in dem Auftrage des Vaters, sich zu verbürgen, liegt nicht nur das Wissen, sondern auch die Genehmigung der Schuld. Ausdrücklich aber zählt unser RR. zu den Fällen, wo ausnahmsweise der Gläubiger, was er geliehen hat, nicht verliert, den: da der „Vater oder Vormünder davon gewußt, dasselbe aber nicht widersprochen, oder daß es aus ihrem Befehl geschehen wäre.“ Ganz ähnlich entscheidet den vorerwähnten Fall schon Ulpian nach Römischen Recht, [9]) denn auch nach diesem hebt das Wissen des Vaters um die Eingehung des Darlehns durch seinen Sohn das Setum Macedonianum auf.

3) Borgt ein filiusfam. dem andern Geld, so bleibt nach Röm. Recht die Anwendung des Sct. Macedoniani ausgeschlossen, weil, wie Ulpian sagt: [10]) mutua pecunia non sit, quamvis liberam peculii ad-

9) L. 9 § 3 D. ad Sct. Macedon.
10) L. 3 § 1 D. eod.

ministrationem habuit: non enim perdere ei peculium pater concedit, cum peculii administrationem permittit: et ideo vindicationem numorum patri superesse ait. Wie nun verhält sich dies nach unserm RR.? Sofern der Art. 2. ohne weitere Unterscheidung der Person des Gläubigers ganz allgemein verordnet: derselbe solle, was er geliehen hat, verlieren, scheint auch der Gläubiger, der selbst nach filiusfam., mit unter dem Gesetz begriffen zu sein. Der mögliche Einwand, daß, da das Sctum Macedonianum seinem wesentlichen Inhalt nach, in unser RR. aufgenommen worden, auch die schon im Römischen Recht davon begründeten Ausnahmen als mit recipirt zu betrachten seien, wird dadurch entkräftet, daß unser RR. dem Senatusconsult, durch Ausdehnung desselben auf die Minderjährigen, nicht nur einen größern Umfang, sondern selbst eine veränderte Wirkung gegeben, so daß dasselbe in der That einen neuen Character gewonnen, über dessen Natur und Modificationen nicht wohl die Bestimmungen des Römischen Rechts entscheiden können. Erwägt man nun noch dazu, daß die dem Römischen Recht eigenthümlichen Rechtsgrundsätze über die Peculien, wenigstens in ihrer Strenge, in unser RR. nicht übergegangen sind, so dürfte selbst der Grund, aus dem Ulpian die Anwendbarkeit des Sct. Macedonianum auf die von einem filiusfam. dem andern gegebenen Gelddarlehne in Abrede stellt, als weggefallen anzusehen, und somit das Darlehn zwar an sich begründet, allein in Folge des Art. 2., der Gläubiger desselben verlustig

gewerden ſein. Indeß erleidet dieſes, wenn der das Darlehn gebende filiusfam. ſelbſt noch minderjährig, eine gleich weiter zu erörternde Ausnahme. Wenn nämlich

4) ein Minderjähriger dem filiusfam. Geld vorſtreckt, ſo ſoll nach Römiſchen Recht das Setum Macedonianum unter Umſtänden ceſſiren. Ulpian unterſcheidet hier, ob der Gläubiger noch Pupill oder minderjährig. In pupillo, ſagt er, [11]) etiam alia ratione debuit . . . cessare Senatusconsultum: quod mutua pecunia non sit, quam sine tutoris auctoritate pupillus dat, während er über den Minderjährigen ſich dahin äußert: sed in minore caussa cognita, et a Praetore succurrendum, d. h. dem Minderjährigen kann hier nur durch in integrum restitutio gegen das eingegangene Darlehn geholfen werden, wie es denn auch an einem andern Orte [12]) heißt: „Plane si minor annis cum filio familias maiore contraxerit: et Iulianus libro 4 Digestorum, et Marcellus libro 2 Digestorum scribit, posse in integrum restitui: ut magis aetatis ratio, quam Senatusconsulti habeatur.“ Die Begünſtigung der Minderjährigen geht alſo zwar den Vorſchriften des Setum Macedonianum vor, iſt aber nicht ſo ſtark, daß, wie bei dem Pupillen, das Gelddarlehn ſchon an ſich nichtig wäre und ſofort zu-

11) L. 3 § 2 D. ad Sct. Macedonianum.
12) L. 11. § 7 D. de minoribus.

rückgefordert werden könnte, sondern es bedarf einer in integrum restitutio, deren übrige Bedingungen daher auch vorhanden sein müssen. Unser Ritterrecht nimmt zwar auch auf diesen Fall, da ein Minderjähriger dem filiusfam. Geld geborgt, in dem Art. 2 keine ausdrückliche Rücksicht, indeß reichen hier die sonstigen Bestimmungen desselben über die Handlungen von Unmündigen aus. Es verordnet nämlich

> Buch II. Tit. 8. Art. 2. „Unmündige Kinder, (wohin nach dem heutigen Recht alle diejenigen, die unter 21 Jahren alt sind, gehören) sein nicht mächtig, selber zu Rechte zu stehen . . . zu verkaufen, zu kaufen, noch auf einzige Wege ihre Güter selber zu verwalten, besondern was also ohne Vormünder und Curatoren von ihnen geschicht, oder gethan wird, dasselbe wird zu Rechte unkräftig gehalten, und haben die Unmündigen, wenn sie zu ihren Jahren kommen, sich des beneficii restitutionis in integrum, zu gebrauchen."

Sofern nun die Hingabe eines Darlehns offenbar eine Veräußerung ist, muß dieselbe, wo sie von einem Unmündigen ohne Zuziehung seines Vormundes ausgeht, auf Grundlage des eben erwähnten Art. 2. als eine „zu Recht unkräftige Handlung" angesehen und dem Unmündigen, „wenn er zu seinen Jahren gekommen, sich des beneficii restitutionis in integrum zu gebrauchen" gestattet werden. In dieser Weise derogirt der Art. 2. des Titels 8. Buch II. unserm in Rede stehenden Art. 2.

Digitized by Google

Tit. II. Buch IV. Aus eben diesem Grunde aber dürfte anzunehmen sein, daß, wenn auch das von einem filiusfam. dem andern gegebene Darlehn, wie unter Nr. 3. dargethan, dem Gläubiger verloren geht, dies doch eine natürliche Ausnahme erleidet, wenn der filiusfam. zur Zeit des hingegebenen Darlehns selbst noch minderjährig gewesen.

5) Durch die Ausdehnung des Sct. Macedonianum auf Minderjährige entsteht noch die den beiden vorigen verwandte Frage, wie es zu halten, wenn ein Minderjähriger dem andern Minderjährigen, der ebenfalls nicht mehr filiusfam., Geld geborgt? Das Römische Recht, das hier nur die Grundsätze der in integrum restitutio zur Anwendung bringt, entscheidet zu Gunsten des Schuldners, der das empfangene Geld bereits verschleudert hat. Ulpian bemerkt hierüber [13]): „Item quaeritur, si minor adversus minorem restitui desiderat, an sit audiendus? Et Pomponius simpliciter scribit, non restituendum. Puto autem inspiciendum a Praetore, quis captus sit: proinde si ambo capti sunt, verbi gratia minor minori pecuniam dedit, et ille perdidit: melior est caussa secundum Pomponium eius, qui accepit et dilapidavit vel perdidit.“ — Nach unserm RR. dagegen muß unsers Erachtens das von dem Minderjährigen ohne Consens des Vormundes gegebene Darlehn als an sich unkräftig angesehen, und

13) L. 11 § 6 D. de minoribus (4, 4).

deshalb dem Gläubiger die Vindication des Geldes, oder, wenn dieses bereits verausgabt, eine condictio auf Ersatz gestattet werden.

6) Das Römische Recht läßt die Vorschrift des Sct. Macedonianum cessiren, wenn der Gläubiger, durch einen error probabilis verleitet, den Empfänger des Darlehns für einen homo sui iuris gehalten, z. B. derselbe als ein solcher sich öffentlich gerirte. [14]) Indem nun unser RR. die Vorschrift des Sct. Macedonianum auch auf Minderjährige übertragen, entsteht die Frage, ob bei uns das Nichtwissen des Gläubigers, daß der Schuldner ein Minderjähriger oder ein filiusfam., den Verlust des Darlehns verhindere. Es sind hier zwei Ansichten möglich, deren eine etwa so argumentiren würde. Indem das Ritterrecht das Sct. Macedonianum recipirte, nahm es zugleich die davon nach Röm. Recht bestehenden Ausnahmen auf. Wenn demnach das Darlehn, falls der Gläubiger nicht wußte, daß sein Schuldner noch ein filiusfam., gültig ist, so muß dasselbe angenommen werden, wenn der Irrthum des Gläubigers die Volljährigkeit des Schuldners betrifft. Die andere Ansicht dagegen würde sich dahin vernehmen lassen: Nicht das Sct. Macedonianum mit seinem ganzen Inhalt und seinen etwaigen Beschränkungen, sondern nur einzelne Bestimmungen desselben hat unser RR. recipirt, wie sich schon deutlich aus den Abänderungen ergiebt, die das Sct.

41) L. 3 pr. D. ad Sct. Maced. und L. 2. C. pr. eod.

Macedonianum im RR. erfahren. Demnach gilt das Set. bei uns auch nur, so weit es in den einheimischen Rechtsquellen begründet. Erwähnt nun das RR. im Art. 2 des Falles, da der Gläubiger über das Alter oder die Familienverhältnisse seines Schuldners irrt, als eines Ausnahmefalles nicht, so dürfen auch wir solche Unterscheidung nicht hineintragen.

Welche von beiden Ansichten nach des Verf. Meinung die richtigere, dürfte aus dem was schon oben über das Verhältniß des Röm. Rechts und namentlich des Set. Macedonianum zu dem Art. 2 unseres RR. erwähnt worden, sich von selbst ergeben.

II.

Ueber die Zeit der Rückforderung eines Darlehns.

Wenn bei Abschließung eines Darlehns die Zeit der Rückgabe von den Parteien durch Uebereinkunft festgestellt ist, so soll auch nach unserm RR. Art. 5 des vorliegenden Titels der Schuldner nicht „vor der Zeit gemahnt werden.“ Ja es ordnet unser RR. eben daselbst ausdrücklich die in L. 1. C. de plus petit. verhängten Strafen der vorzeitigen Rückforderung an, mit dem Hinzufügen: „es könnte denn der Creditor beweisen, daß der Schuldner in Unvermögen gerathen, oder daß er flüchtig werden wollte, auf welche Fälle er für die Zeit billig zu hören, und ihm zur Caution und Versicherung wider den Debitoren zu verhelfen.“ Eine Eigenthümlichkeit findet sich indeß für den Fall, da die Zeit der

Rückzahlung des Darlehns unbestimmt geblieben. Hier verordnet unser RR.

> Art. 6. Wäre aber bei der Entlehnung keiner gewissen Zeit zu der Bezahlung oder Widererstattung gedacht, noch dieselbe bestimmet, so kann dennoch der Gläubiger das Geliehene nicht alsobald wiederfordern, besondern er muß es den Debitoren oder Schuldener erstlich gebrauchen lassen, und im Fall die Parten sich der Zeit halben nicht vergleichen können, soll solches zu des Richters Ermessen stehen.

Bekanntlich giebt das Römische Recht dem Gläubiger in solchem Falle die Befugniß, das Darlehn zurückzufordern, wann er will. Man könnte nun vielleicht an eine reine, ohne Einfluß des Römischen Rechts entstandene Abweichung von demselben denken, und dann würde freilich der vorliegende Artikel nicht in den Kreis unserer Betrachtung gehören, deren Gegenstand ja nur die Umbildungen sind, die das Röm. Recht in unserm RR. erfahren. Allein die dem Artikel unterstellten Citate lassen auch hier jeden Zweifel verstummen. Es sind dieselben entlehnt aus den Pandectentiteln commodati und de verborum obligationibus, und zwar stützt unser RR. den ersteren Satz, daß „der Gläubiger das Geliehene nicht alsobald wiederfordern, besonderen es den Schuldner erstlich gebrauchen lassen“ müsse, auf L. 17. § 3. D. commodati und L. 105. D. de v. o. Die letztere dieser Stellen gehört gar nicht hierher, allein die erstere verbreitet desto mehr Licht über die Entste-

hung der erwähnten Bestimmung unsers RR. Offenbar nämlich hat dasselbe hier die Begriffe von mutuum und commodatum verwechselt, wozu die gleiche Uebersetzung beider durch das deutsche Wort „Leihen", nicht wenig beitragen mochte. So lautet die Ueberschrift des Titel II. unsers Buches: „Vom Entlehnen und Leihen oder Borgen, zu Latein mutuum genannt", so wie die des Titel IV. desselben Buchs: „vom Leihen zu ziemlichem Gebrauch, commodatum genannt", und auch sonst wird in beiden Titeln mit denselben Worten Entlehner und Leiher, der Schuldner und der Gläubiger in dem einen wie dem andern Rechtsgeschäft bezeichnet. Wie leicht also konnte hier eine Verwechselung der beiden Rechtsverhältnisse eintreten. Dabei aber hat freilich unser RR. den Grund, weshalb eine Uebertragung der Grundsätze des Commodats auf das Darlehn juristisch unzulässig, übersehen. Beim Darlehn wird der Entlehner, „sobald er das geliehene Geld oder Guth empfangen und in seine Gewehr gebracht, ein Herr desselben", [15]) mithin hört in demselben Augenblick das Eigenthum des Darleihers auf. Der Empfänger gebraucht von jetzt an nicht mehr die fremde, sondern die eigene Sache, und ob dieser Gebrauch wirklich eintrete oder unterbleibe, ist für den Gläubiger gleichgültig. Der Gläubiger dagegen gewinnt in dem Moment der Hingabe und dem dadurch bedingten Verlust seines Eigenthums einen Anspruch auf Erstattung eines dem Hingegebenen völlig gleichen Quan-

15) B. IV. Tit. 2. Art. 4.

tums, und dieser Anspruch ist durchaus unabhängig von dem Umstande, ob der Schuldner das seinerseits Empfangene bereits zu dem von ihm beabsichtigten Zweck benutzt hat, oder nicht. Unzweifelhaft kann der Gläubiger auf die sofortige Geltendmachung dieses seines unbedingten Anspruches, durch Bewilligung einer Zahlungsfrist verzichten, allein so lange dies nicht geschehen, liegt das augenblickliche Zurückforderungsrecht des gleichen Quantums in der Natur des Darlehns. Ganz anders verhält es sich beim Commodat. Hier bleibt der Darleiher Eigenthümer. Der Empfänger nützt die fremde Sache, wiewohl mit der Bewilligung ihres dominus. Die Hingabe zur Benutzung (nicht wie beim Darlehn Eigenthumsübertragung) ist der Zweck und das Wesen des Commodats, und somit würde die sofortige Zurückforderung der Sache, noch ehe der beabsichtigte Gebrauch derselben eingetreten, das Wesen des Vertrags vernichten, gleichsam eine contradictio in adiectio sein. Beim Darlehn hört die hingegebene Sache für den Darleiher gewissermaßen auf, als eine species zu existiren, sie lebt für ihn nur noch als genus fort: beim Commodat hingegen bleibt sie auch für den Darleiher eben diese, nämlich seine species, und somit steht die Uebertragung der Grundsätze des Commodats auf das Darlehn, mit dem Begriff des letztern in Widerspruch.

Erwägen wir nun die weiteren Folgen solcher Uebertragung. Indem unser RR. sagt: „der Gläubiger kann das Geliehene nicht alsobald wieder fordern, besondern er muß es den Debitoren erstlich gebrauchen las-

sen", macht es das Rückforderungsrecht von dem geschehenen Gebrauch des geliehenen Geldes u. s. f. abhängig. Wird also dieser durch Zufall verhindert, oder ganz unmöglich, so müßte consequent das Rückforderungsrecht des Gläubigers bis in alle Ewigkeit suspendirt bleiben, wie denn beim Commodat die Gefahr des zufälligen Untergangs auch von dem Darleiher getragen wird. Und gleichwohl bestimmt auch unser RR. ausdrücklich: [16]) „es stehet aller Sachen Schaden und Gefahr, die mit dem Geliehenen sich begiebt, auf ihm; und ob dasselbe auch ganz verdürbe oder verloren würde, ist und bleibet der Debitor nichtsdestoweniger den Gläubiger oder Leiher zu befriedigen schuldig." Widersprüche der Art sind jederzeit die unvermeidliche Folge unklarer Begriffe und dadurch herbeigeführter Uebertragung von Rechtsgrundsätzen an sich verschiedener Rechtsverhältnisse aufeinander. Wohl haben diese Schwierigkeiten die Verfasser unsers RR. gefühlt, und deshalb, endlose Weiterungen abzuschneiden, dem richterlichen Ermessen die Entscheidung darüber anheimgestellt, wann das Rückforderungsrecht für den Gläubiger begründet sei, auch hier wieder auf eine Stelle des Römischen Rechts (die L. 137. § 2. D. de v. oblig.) sich stützend, die von ganz anderen Verhältnissen handelt. [17]) Allein wie schwierig ist hiernach

16) RR. Buch IV. Tit. 2. Art. 4.

17) Es heißt darin, der Richter solle, wenn die Entrichtung eines Darlehns an einem dritten Ort verabredet worden, mit Rücksicht auf die Möglichkeit den Zahlungsort zu erreichen, die

Digitized by Google

die Lage des Richters, wie drückend die des Gläubigers. Gesetzt, ich gebe einem Kaufmann Geld, der damit nicht sowohl unmittelbar eine Speculation machen, vielmehr es nur zu einem Reservefonds benutzen will, um desto sicherer den größten Theil seiner eigenen Capitalien zu einer weit aussehenden Speculation benutzen zu können. Soll der Gläubiger hier „den Schuldner das Geliehene erst gebrauchen lassen", so ist das Rückforderungsrecht in die fernste Zeit hinausgeschoben, ganz abgesehen davon, daß der Begriff des Gebrauches einer Sache ein sehr relativer und für die richterliche Entscheidung und Beurtheilung oft unendlich schwieriger ist.

Noch eine andere Schwierigkeit entsteht aus dem Art. 6. unsers RR. Nach Röm. Recht kann, wie die Rückforderung des Darlehns, so auch die Mahnung sofort erfolgen, und dadurch eine Mora, mithin der Anspruch auf Verzugszinsen, begründet werden. Wie nun verhält sich dies nach unserm RR.? Consequent kann danach freilich Mahnung, also auch Verzug und die Verpflichtung des Schuldners zu Verzugszinsen erst eintreten, wenn „der Gläubiger den Schuldner das Gelie-

---

Zeit der Rückzahlung bestimmen. Hier hat die richterliche Entscheidung allerdings allgemeine Anhaltspunkte, theils die Größe der Entfernung, theils die größere oder mindere Leichtigkeit der Communication. Die hier zu beseitigenden Hindernisse sind mehr objectiven Characters; anders die Möglichkeit und Ersprießlichkeit des Gebrauchs eines gegebenen Darlehns, wobei so viel auf die subjective Ansicht und das Belieben des Empfängers ankommt.

Digitized by Google

hene gebrauchen lassen". Allein es giebt ja auch Fälle einer s. g. mora ex re, die, wie die Lehre von dem Verzuge überhaupt in unserm RR. nicht ausdrücklich erwähnt, aus dem gemeinen Recht in die Praxis übergegangen sind. So die mora ex re gegen den abwesenden Schuldner. Gemeinrechtlich würde dieser sofort zur Entrichtung von Verzugszinsen verpflichtet sein, während, folgen wir dem Art. 6., dieser Anspruch erst nach verhältnißmäßiger Gebrauchszeit eintreten könnte. Gerade in solchen Fällen eigentlichen Conflicts zeigt sich am deutlichsten, wie sehr es von practischer Wichtigkeit sei, die in unserm RR. ausgesprochenen Grundsätze strenger Zergliederung und Prüfung zu unterwerfen, indem dadurch allein eine sichere und einsichtsvolle Anwendung derselben gewonnen werden kann.

III.

Vindication der dargeliehenen Summe.

Wie in dem Art. 6, so dürfte auch in dem Art. 7 eine Verwechselung der Begriffe Commodat und Darlehn, und dadurch veranlaßte Uebertragung der für jenes geltenden rechtlichen Bestimmungen auf dieses, obwalten. Es lautet nämlich

> Art. 7. Es mag kein Creditor oder Gläubiger dasjenige, was er einem geliehen, und in des Schuldners Gewehr einmal kommen lassen, bei einem Dritten, in dessen Hände es mit gutem Titul gekommen, ansprechen noch fordern, beson-

dern er muß sich an seinen Debitoren, dem er einmal getrauet, halten.

Beim ersten Anblick scheint dieser Artikel, beurtheilen wir ihn nach seinem Inhalt, sich lediglich auf das Commodat zu beziehen. Da nämlich 1) beim Darlehn das Eigenthum auf den Schuldner, sobald es in dessen Gewehr gekommen, sofort übergeht, mithin in eben demselben Angenblick das des Gläubigers erlischt, so folgt von selbst, daß dieser letztere gegen Dritte, die in den Besitz des dargeliehenen Geldes gelangen, keinen rechtlichen Anspruch haben kann. Somit würde der Art. 7, beziehen wir ihn auf das Darlehn, etwas durchaus Ueberflüssiges enthalten. Noch andre Gründe dürften die Deutung desselben auf das Commodat rechtfertigen. Es heißt 2) der Gläubiger solle das Geliehene nicht ansprechen bei einem Dritten „in dessen Hände es mit gutem Titel gekommen". Damit scheint angedeutet, daß wenn dies letztere nicht der Fall, d. h. wenn etwa ein Dritter unredlicher Weise, z. B. durch Diebstahl des Geliehenen sich bemächtigt, das Vindicationsrecht des Gläubigers eintrete. Vergleichen wir nun damit, daß nach Buch IV. Tit. 4 § 2 unsers RR. der Commodatar für die Entwendung der ihm geliehenen Sache nicht aufzukommen braucht, und daß ferner in eben diesem Tit. 4. eine Bestimmung für den Fall sich findet, da der Commodatar die ihm geliehene Sache einem Dritten rechtmäßig übertragen, z. B. verkauft, so gewinnt die Vermuthung, daß unser Art. 7. vom Commodat handle, ein neues Gewicht. Ja eine

weitere Bestätigung scheint endlich 3) in den Schlußworten unsers Artikels „er muß sich an seinen Debitoren, dem er einmal getrauet, halten“ zu liegen, die offenbar nur eine Umschreibung der Deutschen Rechtsparömie „Hand muß Hand wahren“ sind. Diese aber kann ihrer Natur nach nur bei Sachen, die Gegenstand der Restitution in specie sind, in Betracht kommen, nicht bei fungibeln, wo der Empfänger zum debitor generis wird, der Anspruch des Gläubigers mithin der Natur der Sache nach nicht über die Person des Schuldners hinausgehen kann, während jene Rechtsparömie doch eben bezeichnen soll, daß in dem einzelnen Fall ein von der Römischen Vindicationstheorie abweichendes Princip eintrete. Wo also, wie z. B. beim Darlehn, keine Vindication nach Röm. Recht, da findet auch die Regel: „Hand muß Hand wahren“ keine Anwendung. Dies die Gründe, welche die Annahme zu rechtfertigen scheinen, daß unser Art. 7. nicht vom Darlehn, vielmehr vom Commodat handle, eine Ansicht, der auch v. Bunge [18]) in seiner trefflichen Darstellung des „Liv- und Esthländischen Privatrechts“ huldigt.

Erwägen wir indessen auf der andern Seite die, wie doch anzunehmen, nicht zufällige Stellung unsers Artikels in dem Titel: „von Entlehnen und Leihen oder Borgen, zu Latein mutuum genannt“, erwägen wir ferner die dem Art. 7. unterstellten Citate aus dem Röm.

18) Vgl. F. G. v. Bunge das Liv- und Esthländische Privatrecht. Buch II. Tit. 4. Art. 2, § 136 № 2.

Digitized by Google

Recht, so dürfte die entgegenstehende Behauptung, daß die Verfasser unsers RR. allerdings hier an das Darlehn dachten, nicht unbegründet sein. Diese Citate sind, die L. 13 und 15 C. si certum petatur, die L. 10 § 1 D. qui satisdare und L. 3 D. de fideiussoribus. Indeß die beiden letzteren gehören, ihrem ganzen Inhalte nach, augenscheinlich nicht hieher. Sie sind entlehnt aus dem gleichzeitig citirten Mevius comm. in ius Lubec. L. III. tit. 2. art. 2., der hier von der Deutschen Rechtsparömie „Hand muß Hand wahren" in Beziehung auf das Commodat und bonae fidei contractus, nicht aber das Darlehn, handelt. Von Erheblichkeit für die Erklärung unsers Artikels sind dagegen die aus dem Codex entlehnten Stellen. Beide handeln vom Darlehn, und in einer Weise, daß sie auch nicht einmal der entferntesten Deutung oder analogen Anwendung auf das Commodat fähig sind. In der ersteren [19]) derselben, einem Rescripte Diocletians und Maximians, heißt es: „wenn jemand Geld aufnimmt, um es zum Besten der Sachen eines Andern zu verwenden, und der Gläubiger giebt es ihm, ohne besondere Rücksicht auf den Eigenthümer der Sachen, so bleibt er selbst, der ursprüngliche Debitor, principaliter verpflichtet." In der L. 15 C. cit. [20]), von denselben Kaisern erlassen: „nimmt

19) L. 13 C. si certum petatur (4, 2) — eum, qui mutuam sumpsit pecuniam, licet in res alienas, creditore non contemplatione domini rerum eam foenori dante: principaliter obligatum obnoxium remanere oportet.

20) L. 15 C. eod. — Non ad versus te creditores, qui mutuam

jemand Geld auf, und verborgt es weiter, so hält sich der Gläubiger an ihn, nicht an die weiteren Empfänger". Gerade diese letztere Stelle scheint den Verfassern des RR. vorgeschwebt zu haben, und bestätigt somit am schlagendsten die Behauptung, daß unser Art. 7. nicht auf das Commodat, vielmehr auf das Darlehn zu beziehen sei. Indem nun aber die Verfasser des RR. die an sich ganz richtige Entscheidung des Art. 7., nicht, wie das Röm. Recht, aus der Natur des Darlehns, vielmehr aus dem Grundsatz „Hand muß Hand wahren" herleiteten, übertrugen sie, vielleicht unbewußt, die Grundsätze des Commodats auf das Darlehn.

Erwägen wir nun schließlich die practischen Folgen solcher Uebertragung. Nach Römischem Recht kann sich der Gläubiger in jedem Fall nur an den Schuldner halten, sei es daß dieser selbst noch im Besitz des Empfangenen Darlehns, oder nicht. Unser RR. dagegen entzieht dem Gläubiger das Recht, was er geliehen anzusprechen nur „bei einem Dritten, in dessen Hände es mit gutem Titul gekommen". Wird also dem Schuldner der von dem Gläubiger empfangene noch unentsiegelte Beutel mit Geld entwendet, so kann der Gläubiger, der davon Kunde erhielt, gegen den Dieb, wie gegen jeden dritten unredlichen Besitzer, die rei vindicatio anstellen. Wichtig wird dies, auch für den Fall des Concurses, denn während nach Röm. Recht der Gläubiger in Beziehung

---

sumpsisti pecuniam, sed eius, cui hanc credideras, heredes experiri, contra iuris formam evidenter postulas.

auf dieses Darlehn immer nur als Concursgläubiger auftreten und zur Perception kommen würde, erscheint er in dem angegebenen Falle nach unserm RR. als Vindicant; eben so beim Tode des Schuldners, während er nach Röm. Recht als Erbschaftsgläubiger sich an den vielleicht unbegüterten, insolventen Erben halten, und erzwungenen Nachlaß gefallen lassen müßte.

IV.

Die exceptio non numeratae pecuniae.

Die Bestimmungen des Römischen Rechts über die exceptio non numeratae pecuniae sind zwar der Hauptsache nach in das RR. übergegangen, indeß finden sich dabei einige nicht unwesentliche Abänderungen, sowohl hinsichtlich der Dauer, wie der Wirkungen der exceptio. Es heißt nämlich:

> Buch IV. Tit. 2. Art. 10. Es muß aber sothane Exception wider den Gläubiger innerhalb Jahres-Frist rechtlich eingewendet werden, damit der vermeinte Gläubiger durch Rechtszwang dem Leiher seine ausgegebene Obligation wiederum zu stellen, oder ihm auch das Geld oder Gut auf solche Verschreibung folgen lassen müsse, und soll derjenige, der in solcher Unrechtfertigkeit betreten wird, in der Obrigkeit willkührliche Strafe verfallen sein; welche Strafe auch der Debitor zu gewarten hat, der das Geld oder Gut empfangen zu haben auf beschehenes Verleugnen überwunden wird.

Digitized by Google

1) Das Römische Recht läßt bekanntlich die exceptio n. n. pecuniae zwei Jahre lang, von dem Tage des ausgestellten Empfangscheines an, zu [21]); das RR. dagegen beschränkt diese Frist auf ein Jahr, wobei sich freilich das aus dem Römischen Recht dafür entlehnte Citat (die L. 14 C. de n. n. pecunia) etwas seltsam ausnimmt. Was die Verfasser des RR. zu dieser Fristverkürzung bewogen, ist schwer zu ermitteln. Zwar ersehen wir aus dem Codex Hermogenianus [22]), daß vor Einführung der fünfjährigen Dauer der exceptio n. n. pecuniae, eine nur einjährige gegolten, schwerlich aber dürfte dies den Verfassern des RR. bekannt gewesen sein. Vielleicht daß sie, die Begriffe Quittung und Empfangschein nicht genau unterscheidend, die Differenz der gemeinrechtlich für dieselben geltenden Fristen zu groß fanden, und deshalb die letztere verkürzten, zumal Justinian früher auch die exceptio n. n. dotis auf 1 Jahr beschränkt hatte. [23])

---

21) L. 14 pr. C. de non numerata pecunia (4, 30). — Vor Justinian war diese Frist eine fünfjährige; vgl. tit. I. de litterarum obligationibus (3, 21).

22) Codicis Hermogeniani Fragmenta tit. 1. — ex cautione (al. exceptionem) non numeratae pecuniae non anni, sed quinquennii spatio deficere, nuper censuimus. Diese Verordnung führt die Inscription „Aurelius Alexio". Ueber ihren Urheber, wahrscheinlich Diocletian und Maximian, vgl. Schulting in Iurisprud. Anteiust. ad h. l. pag. 709 not. 2.

23) L. 3. C. de dote cauta non numerata. Späterhin führte Justinian durch die Nov. 100 andre Fristen für die Rückforderung des Empfangscheines einer dos, je nach der Dauer der Ehe, ein.

Digitized by Google

2) Das Römische Recht läßt dem Aussteller des Empfangscheins einen zweifachen Ausweg. Er kann entweder 1) die Klage des Gegners aus dem Empfangschein abwarten, und diese dann, wenn sie vor Ablauf von zwei Jahren angestellt ward, mit der exceptio n. n. pecuniae zurückweisen, in welchem Falle der Empfangschein alle Beweiskraft verliert; [24]) wobei jedoch noch zu bemerken, daß der Aussteller den Gebrauch dieser Einrede, selbst über die Zeit von zwei Jahren hinaus, sich durch die s. g. querela n. n. pecuniae, d. h. durch rechtzeitige schriftliche Beschwerde, über den Nichtempfang der in der Schuldverschreibung namhaft gemachten Summe, sichern kann. [25]) Oder 2) er darf den Empfangschein dem Inhaber mit der condictio sine causa wieder abfordern. [26]) Das RR. dagegen gestattet 3) dem Aussteller des Empfangscheins darauf zu klagen, daß ihm der Gläubiger „das Geld oder Gut auf solche Verschreibung folgen lassen müsse". Dabei drängt sich von selbst die Frage auf, ob auch diese Abänderung des Römischen Rechts, dem eine solche Klage unbekannt, eine willkürliche und zufällige sei? Dies ist nun keineswegs des Fall. Das Römische Recht versagt dem Aussteller des Empfangscheins solche Klage, weil das Darlehn ein Realcontract, mithin erst durch wirkliche Hin-

24) L. 14 pr. C. de n. n. pec. L. 3 et 7 C. eod.

25) L. 14 § ult. C. de n. n. pec.

26) L. 7 C. eod. L. ult. C. de condictione ex lege et sine caussa vel iniusta caussa.

gabe entspringt. Diese letztere aber kann nicht erzwungen werden, da das s. g. pactum de mutuo dando nicht klagbar war. Anders verhält es sich damit nach unserm RR., das im Buch IV. Tit. 2 Art. 3 verordnet:

> „Saget einer dem Andern gewisse zu, daß er ihm auf genugsame Versicherung mit Gelde oder Gute entsetzen will, that es aber hernach nicht, und dieser dadurch in Schaden käme, so soll der, der also gelobet, und nicht gehalten hat, dem dadurch Verleiteten seinen beweislichen Schaden zu erstatten, und nichts desto weniger die vertrösteten Gelder oder Gut, gegen sattsame Versicherung, zu leihen schuldig sein."

Sofern nun der Gläubiger durch die Annahme des von dem Schuldner vor Empfang des Darlehns ausgestellten Schuldscheins, offenbar ein pactum de mutuo dando eingeht, dieses letztere aber nach dem eben angeführten Artikel des RR. klagbar ist, erscheint es ganz consequent, daß das RR. dem Aussteller des Empfangscheins aus diesem eine Klage gegen den Gläubiger auf wirkliche Auszahlung beilegt. Selbst die Schwierigkeit, die hiebei nach Röm. Recht entstehen würde, daß nämlich der zur Auszahlung gezwungene Gläubiger doch den allenblichen Zweck solcher Klage vereiteln könnte, durch die ihm zustehende Befugniß, das sine die gegebene Darlehn augenblicklich zurückzufordern, ist in unserm RR. dadurch aus dem Wege geräumt, daß, wie oben dargethan worden, der Gläubiger dem Schuldner das

Digitized by Google

Darlehn lassen muß, bis dieser letztere von demselben den beabsichtigten Gebrauch gemacht hat.

3) Im Römischen Recht finden wir eine besondere Strafe für den Gläubiger, der unredlicher Weise aus dem Empfangschein klagt, nicht. Sein Anspruch wird nur, als unbegründet, zurückgewiesen, indem der von ihm producirte Empfangschein keine Beweiskraft hat. Dem Schuldner dagegen, der unredlicher Weise den Empfang des Darlehns geleugnet hatte, und dessen gleichwohl überführt worden, strafte die Nov. 19 c. 8 mit der poena dupli. Das RR. weicht hievon in zwiefacher Hinsicht ab. Einmal nämlich verfügt es auch gegen den unrechtfertigen Creditor eine willkürliche Strafe der Obrigkeit, sodann aber verhängt es gegen den unredlichen Debitor außer der, aus dem Römischen Rechte entlehnten poena dupli, ebenfalls obrigkeitliche Strafe. Dies erhellt aus

> Buch IV. Tit. 9 Art. 2. „Verläugnet einer seine Handschrift, oder gibt vor, daß er das Geld nicht empfangen habe, darauf der Schuldbrief lautet, er wird aber dessen überwunden, so soll er doppelt bezahlen, und dazu in willkührliche Strafe verfallen sein.“

V.

Zur Lehre von den Zinsen.

Der von „erlaubten Zinsen, wucherlichen und unziemlichen Contracten und Verschreibungen“ handelnde

dritte Titel des vierten Buches enthält eine unmittelbare Umgestaltung Römischer Rechtsprincipien nicht. Wenn nun gleichwohl ein aus demselben entlehnter Artikel in den Kreis der vorliegenden Untersuchungen gezogen wird, so geschieht dies aus einem besonderen Grunde. Es giebt nämlich auch eine indirecte Art der Abänderung einzelner aus einem fremden Rechte recipirter Rechtssätze, durch den modificirten Umfang ihrer Aufnahme. Dadurch wird zugleich die Frage auf ein anderes allgemeineres Gebiet hinübergespielt, nach dem Verhältniß nämlich des in geringerem Umfange recipirten Rechtes zu seiner Quelle. Wie sehr es aber, angewandt auf unsern Fall, von practischer Wichtigkeit sei, über das Verhältniß des RR. zum Röm. Recht bestimmte Principien festzuhalten, dafür giebt uns die Lehre von den Zinsen einen treffenden Beleg. Es heißt im Art. 2 des vorerwähnten Titels:

> Es mögen aber keine Renten gefordert werden, es sei dann entweder 1) daß dieselben ausdrücklich verschrieben seyn, oder 2) daß ein gewisser Tag zur Zahlung in der Verschreibung benennt wäre, oder 3) daß der Debitor auf beschehenes Mahnen mit der Bezahlung säumig bliebe, auf welche beiden letzten Fälle die Renten von der zu der Bezahlung bestimmten und verflossenen Zeit, oder des beschehenen Mahnens und Forderns, anfangen zu laufen, und ist alsdann der säumige Debitor schuldig, dieselben mit dem Capital zu erlegen.

Digitized by Google

Dies die einzige Bestimmung des RR. über die Entstehung der Zinsverbindlichkeit im Allgemeinen. Es können danach Zinsen nur gefordert werden, wenn sie entweder ausdrücklich bedungene (usurae conventionales) oder Verzugszinsen (usurae ex mora) sind. Nun aber kennt das Römische Recht noch eine Reihe von andern Zinsen, die, als s. g. usurae legales, auch ohne vorangegangenen Vertrag oder Verzug, entstehen, und in das gemeine Recht übergegangen sind. So die Zinsen, die der Käufer, sobald ihm die gekaufte Sache tradirt ist, von dem noch nicht gezahlten Kaufgelde, der Geschäftsführer von fremden, wiewohl zu seinem eigenen Nutzen von ihm verwendeten Geldern, der socius in gleichem Falle von Societätsgeldern zu entrichten hat u. s. f. Sofern nun das RR. dieser Zinsen nicht erwähnt, entsteht nothwendig die Frage, ob solche gefordert werden können. Hierüber scheint eine zwiefache Ansicht möglich, deren eine etwa so argumentiren würde. Das Röm. Recht ist nicht als ein bloß subsidiäres, vielmehr als ein neben dem einheimischen recipirtes, mithin dasselbe überall ergänzendes, ihm coordinirtes, zu betrachten. Demnach können auch bei uns gesetzliche Zinsen der erwähnten Art in Anspruch genommen werden, nämlich Conventional- und Verzugszinsen auf Grund des RR., die übrigen usurae legales auf Grund des Röm. Rechts. Die andre Ansicht dagegen, davon ausgehend, daß das Röm. Recht nur in dem Umfange zur Anwendung komme, in dem es im RR. recipirt worden, gelangt

zu dem entgegengesetzten Resultat, verwirft also die usurae legales, weil sie im RR. nicht anerkannt sind.

Die Basis beider so entgegengesetzten Ansichten ist das Verhältniß des Römischen zum RR., von dessen Auffassungsweise die Entscheidung der ganzen Streitfrage abhängt. Das Römische Recht, hervorgegangen aus einer fremden Nationalität, hat bei uns Geltung gewonnen durch Reception, kann also auch nur in dem Umfange, ja in der Auffassungsweise als practisch anwendbares Recht betrachtet werden, in welchem es bei seiner Aufnahme in unser einheimisches Recht übergegangen ist. So ist innerhalb des Römischen Rechtes selbst eine scharfe Sonderung nöthig, derjenigen Gestalt desselben, in der es ein Theil unseres Rechts geworden, von der späteren Ausbildung, die es etwa durch die Doctrin erhalten. Die Auffassungsweise jener Zeit bedingte natürlich den Grad, wie die Art und Weise der Reception. So schwierig, wiewohl unerläßlich nothwendig, rechtshistorische Forschungen dieser Art, im Allgemeinen, so werden sie doch erleichtert, wo, wie im Esthländ. RR. der Fall, uns ein bestimmtes schriftliches Zeugniß vorliegt, über die Art wie den Umfang, in dem das Röm. Recht recipirt worden. Solches Zeugniß muß daher vor Allem entscheiden. Leider aber finden wir hier in unserm RR. eine auffallende Ungleichmäßigkeit der Behandlungsweise. In manchen Lehren erscheint das Römische Recht, freilich in der aus der Praxis hervorgegangenen Auffassungsweise jener Zeit, vollständig verarbeitet, in andern dagegen ist kaum etwas mehr als der Name

Digitized by Google

oder höchstens eine ganz allgemein gehaltene Skizze eines Rechtsverhältnisses dem Römischen Recht entlehnt. So wird das Verhältniß dieses letztern zu unserm RR. in den verschiedenen Lehren selbst nothwendig ein verschiedenes, bald mehr bald minder subsidiäres, ja unter Umständen selbst wohl coordinirtes. Hält man nun consequent an dem einen oder dem andern dieser Verhältnisse fest, um so eine allgemeine Grundlage zu gewinnen, so ist es sehr begreiflich, daß es an geradezu entgegengesetzten Ansichten über einzelne Rechtsfragen, wie z. B. über die in Rede stehende rücksichtlich der usurae legales, nicht fehlen könne. Das Richtige kann hier überall nur durch eine umsichtige Würdigung des Verhältnisses, in welchem in jeder einzelnen Lehre das RR. zu dem Röm. Recht steht, gefunden werden. Angewandt nun auf unsern Fall, scheinen im Sinne des RR. die usurae legales des Röm. Rechts ausgeschlossen werden zu müssen. Dies erhellt schon aus der exclusiven Fassung des Art. 2. „es mögen aber keine Renten gefordert werden, es sei denn daß ꝛc.“, womit unzweideutig eine erschöpfende Aufzählung der Entstehungsgründe einer Zinsverbindlichkeit gegeben werden sollte. Außerdem aber spricht für diese Ansicht der Umstand, daß das Esthländische Recht außerdem nur einen Fall der im Röm. Recht vorkommenden usurae legales ausdrücklich namhaft macht. Es sollen nämlich, nach Tit. IX. Art. 13. der Landwaisengerichts- und Vormünderordnung von 1724, die großentheils aus der Schwedischen Vormünderordnung von 1669 geschöpft ist, Vormünder, „die das Geld ihres

Mündlings und Pflegbefohlenen selbst brauchen . . . so hohe Renten und so gutes Unterpfand setzen, als etwa ein Anderer geben möchte", und nach Art. 12. ebendaselbst, „wenn sie keine Gelegenheit haben ihres Pflegbefohlenen Mittel auf landübliche Zinsen auszulegen, so sollen sie solches dem Gericht anzeigen und daß es in der Wahrheit also, an Eydes Statt zu erhärten verbunden seyn; andernfalls sie selbst dem Mündling für die Zinsen aufkommen müssen."

Demnach sind die Abänderungen, die das Römische Recht in Betreff der Lehre von der Zinsverbindlichkeit in dem RR. erfahren hat, der Hauptsache nach folgende: Die usurae legales im e. S. sind weggefallen, namentlich also die Zinsen, die der Verkäufer, vom Moment der erfolgten Tradition der verkauften Sachen an, von dem noch nicht entrichteten Kaufgelde, der Minderjährige von allen seinen Schuldnern auch ohne besondern Verzug, der Eigenthümer von dem Verwalter seines Geldes, der dasselbe zum eigenen Besten verwendet, der socius von dem socius wegen benutzter Societätsgelder zu fordern berechtigt ist. — Abgesehen hiervon enthält der Art. 2. eine ausdrückliche positive Bestätigung der auch gemeinrechtlich nach der richtigeren Ansicht [27]) geltenden Regel dies interpellat pro homine.

---

27) Vgl. meine Lehre von der Mora. Halle 1837. Kap. 2 § 24. S. 137 fgg.

Digitized by Google

XII.

Ueber die Anwendbarkeit der Deutschen Reichsgesetze in den Ostseeprovinzen.

Von Dr. F. G. v. Bunge.

Es giebt, wie überall, so auch bei uns Rechtsfragen, die nie oft und ausführlich genug zur Sprache gebracht werden können, um eingewurzelten Vorurtheilen, die sich in der Praxis geltend gemacht haben, entgegenzutreten, und sie, wo möglich, zu beseitigen. Dadurch glaubt der Verf. es gerechtfertigt, daß er hier auf einen Gegenstand zurückkommt, der in neuerer Zeit in unseren Provinzen öfters, namentlich auch schon in diesem Sammelwerke [1]), besprochen worden ist: auf unsere sog. Subsidiarrechte. Indessen soll nur eine unter den vielen Controversen, über welche in dieser Beziehung discutirt wird, und zwar eine solche erörtert werden, welche bisher weniger specielle Berücksichtigung gefunden hat.

Die besonders bei den Livländischen Practikern bisher vorherrschend gewesene Ansicht, daß zu den recipirten fremden Rechten in unseren Provinzen nur das

1) E. Neumann, etwas über das Röm. und Deutsche Recht, als das sog. Hülfsrecht in den Ostseeprovinzen ꝛc., oben Hft. 1. S. 67 fgg.

Römische Recht gehöre [2]), hat im Allgemeinen ihre Abfertigung bereits zur Genüge erhalten [3]), und es wird hier keiner wiederholten Ausführung dessen bedürfen, daß das Römische Recht nicht als solches, sondern nur als Bestandtheil des „gemeinen Deutschen Rechts", in den Ostseeprovinzen Anwendung finde [4]). Ebensowenig soll hier ein besonderer Nachweis der Gültigkeit des Canonischen Rechts geliefert [5]), sondern nur der dritte Bestandtheil des gemeinen Deutschen Rechts näher erwogen werden, welcher besonders wenig Ansehen bei den Practikern genießt, und doch ein sehr wesentlicher ist: das ursprünglich Deutsche Recht. Und auch von diesem soll zunächst nur in so weit die Rede sein, als es auf ius scriptum — den Deutschen Reichsgesetzen — beruht.

Es ist eine gewiß sehr erfreuliche Erscheinung, daß die Praxis in Curland — dessen Juristenstand sich frei-

---

2) H. Nielsen's Proceßform in Livland. § 48. R. J. L. Samson von Himmelstiern in C. G. v. Bröcker's Jahrbuch f. Rechtsgelehrte in Rußland. Bd. II. S. 213 fg.

3) S. Neumann a. a. O. und F. G. v. Bunge, das Liv- und Esthländische Privatrecht § 14 und die daselbst angeführte Litteratur.

4) Die von Neumann a. a. O. in Anregung gebrachte Frage, ob das gemeine Recht als ein subsidiäres oder als ein einheimisches zu betrachten sei, lassen wir hier unerörtert, zumal der Streit sich bloß um die Benennung drehen dürfte; in der Sache selbst sind wir mit ihm im Ganzen einverstanden.

5) Vgl. darüber v. Bunge l. c. § 15 № 2, und die daselbst angeführte Litteratur.

Digitized by Google

lich auch seit jeher von dem der beiden Schwesterprovinzen rühmlichst ausgezeichnet hat — in neuerer Zeit dem ursprünglich Deutschen Recht volle Gerechtigkeit widerfahren läßt [6]); auch in Esthland — dessen Ritter- und Landrecht vielfach unmittelbar aus dem Sachsenspiegel und den Deutschen Reichsgesetzen schöpft [7]) — fehlt es nicht an Beispielen von practischer Anwendung ursprünglich Deutschen Rechts und Deutscher Rechtsgrundsätze [8]). Wie es dagegen damit in Livland aussieht, mag nachstehendes, im J. 1824 von dem damaligen Vicepräsidenten der Oberjustizbehörde Livlands erzählte, mithin sattsam verbürgte Factum beweisen: „—— das Deutsche Recht ist (in Livland) so außer Gebrauch, daß es einem Sachwalter, nach einem mir bekannt gewordenen Falle neuerer Zeit, von einer Oberbehörde sehr übel genommen wurde, als er von einem allegirten Reichs-Abschiede seines Mandanten Seelen Seligkeit erwartete.“ [9])

---

6) Neumann a. a. O., vgl. auch das Inland, herausgeg. v. Bunge. Jahrg. 1836. № 36. Sp. 599 fgg.

7) v. Bunge Beiträge zur Kunde der Liv-, Esth- und Curländ. Rechtsquellen S. 132 fgg.

8) Vgl. das Inland Jahrg. 1837. № 26 Sp. 425 fgg.

9) Samson v. Himmelstiern in v. Bröcker's Jahrbüche Bd. II. S. 29. Daß Hr. v. Samson diese Ansicht theilt, ergiebt sich nicht nur daraus, daß er seiner Relation keine mißbilligende Bemerkung hinzufügt, sondern auch aus den von ihm an einer anderen Stelle (ebendas. S. 214) deutlich ausgesprochenen Worten: „—— das Germanische Recht im eigentlichen Sinne, dessen man sich hier nicht bedient.“ Damit läßt sich freilich schwer vereinigen, daß unmittelbar darauf „die peinliche

Um nicht ungerecht zu sein, darf man freilich nicht verschweigen, daß auch in Deutschland, nach Auflösung des Deutschen Reichs im J. 1806, die Anwendbarkeit der Deutschen Reichsgesetze, namentlich auch in Beziehung auf die privatrechtlichen Bestimmungen derselben, in Zweifel gezogen worden ist. Allein es gab dazu ganz besondere Veranlassung der zweite Artikel der Rheinbundacte v. 12. Juli 1806, worin es heißt: „Toute loi de l'Empire germanique, qui a pu jusqu' à présent concerner et obliger Leurs Majestés et Leurs Altesses sérénissimes — leurs sujets et leurs Etats ou parties d'iceux, sera à l'avenir rélativement à Leurs dites Majestés — à Leurs Etats et sujets respectifs nulle et de nul effet." Auf den ersten Blick scheint hierdurch die Wirksamkeit der Reichsgesetze, wenigstens für diejenigen Deutschen Staaten, welche zum Rheinbund gehört haben, allerdings aufgehoben zu sein, und es hat auch in der That nicht an namhaften Rechtsgelehrten gefehlt, welche aus diesem Grunde sogar die Existenz eines gemeinen Deutschen Rechts für Deutschland überhaupt, nach Auflösung des Reichs, gänzlich in Abrede gestellt haben [10]). Andere erkennen zwar auch

---

Halsgerichtsordnung Kaisers Carl v." ohne Weiteres unter den Quellen des Livländischen Rechts aufgeführt wird.

10) S. besonders N. T. Gönner, über den Umsturz der Teutschen Staatsverfassung und seinen Einfluß auf die Quellen des Privatrechts in den neu souveränen Staaten der Rheinischen Conföderation. Landshut 1807. 8., und denselben in seinem Archiv für die Gesetzgebung. B. I. S. 1 fgg. C. S. Zacha-

die Aufhebung der Wirksamkeit der Reichsgesetze im Allgemeinen an; machen aber davon aus besonderen Gründen einzelne Ausnahmen. Namentlich seien die die Landesverfassung betreffenden Reichsgesetze, so weit sie nicht durch die Fortdauer des Deutschen Reichs nothwendig bedingt waren, keineswegs wirkungslos geworden, weil die Landesverfassung auf ausdrücklichem oder stillschweigendem Vertrage zwischen den Unterthanen und dem Landesherrn beruhe, und daher von dem letzteren, auch nach erlangter Souveränetät — welche nur Befreiung von der Reichshoheit in sich schließe — nicht einseitig aufgehoben oder abgeändert werden dürfe. Ebensowenig seien alle übrigen durch die Reichsgesetze begründeten oder gebilligten Vertragsrechte, und alle sonst von Einzelnen durch Reichsgesetze schon erworbenen Rechte aufgehoben. Was dagegen die das Privatrecht, den Proceß, das Civil- und Criminalrecht betreffenden Reichsgesetze anlangt, so können dieselben fortwährende Gültigkeit nur behalten durch ausdrückliche oder stillschweigende Billigung oder Genehmigung einzelner Bundesfürsten. Es sei nämlich durch die Aufhebung der Reichsgesetze in der Rheinbundacte die Autonomie und Gesetzgebungsfreiheit der Bundesfürsten weder aufgehoben, noch beschränkt worden. Demnach sei es ihrer Bundespflicht nicht zuwider gewesen, wenn sie freiwillig, ohne Meinung einer aus der

---

riae, ius publicum civitatum, quae foederi rhenano adscriptae sunt. (Heidelb. 1807. 8.) § 38, u. A. Die erstere Schrift hat dem Verf. dieses nicht vorgelegen.

Digitized by Google

Zeit der Reichsverbindung noch fortdauernden rechtlichen Nothwendigkeit, reichsgesetzliche Vorschriften fernerhin entweder selbst beobachteten, oder solchen practische Gültigkeit für ihre Staatsbehörden und Unterthanen ausdrücklich oder stillschweigend beilegten. Den das Privatrecht, den Proceß ꝛc. betreffenden Reichsgesetzen könnte daher, zwar nicht als solchen, oder nach ihrer ursprünglichen Form, aber doch nach ihrem Inhalt (materiell), mithin zwar nicht mehr als gemeinem Recht (ius commune), aber doch als angenommenem Landrecht (ius receptum), practische Gültigkeit in den vorhin zum Deutschen Reich gehörigen Staaten nicht versagt werden, so lange und in so weit sie durch eigene Landesgesetze nicht abgeschafft oder abgeändert wären [11]). Dieser Ansicht, wiewohl sie die am meisten verbreitete zu sein scheint [12]), dürfte indeß ohne Zweifel diejenige

---

11) J. L. Klüber, öffentliches Recht des Teutschen Bundes. (3te Aufl. Frkf. a. M. 1831. 8.) § 48 fgg. C. A. Gründler, Polemik des German. Rechts. Bd. I. (Merseb. 1832. 8.) § 27. S. 46 fg. — G. H. v. Berg's Abhandlungen zur Erläuterung der Rheinischen Bundesacte. (Hannover 1808. Th. I. Abh. 3.), worin die im Text dargelegte Ansicht, wenigstens in Beziehung auf die Reichsprivatgesetze, zuerst entwickelt worden ist, war mir leider ebensowenig zur Hand, als einige andere diese Streitfrage speciell erörternde Abhandlungen von Wiesand (in Winkopp, d. Rheinische Bund), Brauer, Meisel u. A.

12) Ihr tritt namentlich, außer den in der vorigen Anmerkung Genannten, bei J. T. B. Linde, Lehrb. des Civilproceses § 21, und wie es scheint auch A. v. Feuerbach Lehrb. des peinlichen Rechts § 3. Desgleichen möchte ich C. J. A. Mit-

vorzuziehen sein, nach welcher die Aufhebung der Reichsgesetze in dem Art. 2 der Rheinbundacte überhaupt nur auf diejenigen derselben bezogen werden darf, welche mit der Reichsverfassung nothwendig zusammenhängen. Denn wenngleich das Deutsche Reich im J. 1806 aufgelöst wurde, und dadurch aufgehört hat, rechtliche Folgen zu erzeugen, so ist es doch keineswegs annullirt worden. Die während seines Bestandes erzeugten Folgen sind daher durchaus nicht als völlig und unbedingt wirkungslos geworden anzusehen, indem man keiner Staatsveränderung größere rechtliche Wirkung beimessen darf, als welche mit ihr nothwendig eintritt. Eine solche Veränderung hebt vielmehr die früheren Rechtsverhältnisse nur in so weit auf, als sie mit der neuen Verfassung unvereinbar sind; was dagegen daneben bestehen kann, besteht fort, wenn es nicht ausdrücklich auf rechtsgültige Weise aufgehoben ist. Daß aber die Rheinbundacte die Aufhebung solcher, auf Gründen innerer Nothwendigkeit beruhenden, von der aufgelösten Staatsverfassung völlig unabhängigen Reichsgesetze beabsichtigt habe, darf nicht wohl angenommen werden, indem zu einer solchen Aufhebung nicht die geringste Veranlassung

---

termaier hierher rechnen, indem er (Grundsätze des Deutschen Privatrechts. 5te Ausg. § 20) „die Reichsgesetze noch immer als Theile des recipirten Rechts überall fortgelten läßt, wo nicht die Landesgesetzgebung sie abgeschafft", und annimmt, daß „durch den Art. 2 der Rheinbundacte die souveränen Fürsten nur das Recht erhielten, die Reichsgesetze abzuschaffen." Mit ihm stimmt überein C. Türk, Vorlesungen über das Deutsche Privatrecht. (Rostock und Schwerin, 1832. 8.) S. 286.

Digitized by Google

vorlag. Es haben daher nur diejenigen Reichsgesetze ihre Wirksamkeit verloren, welche in einer nothwendigen Beziehung zum Reiche gestanden, während alle anderen Normen in völliger Kraft verblieben sind. Insbesondere muß Letzteres von allen das Privatrecht, den Proceß, das Polizei- und Criminalrecht betreffenden Gesetzen angenommen werden [13]). In Beziehung auf das Verhältniß der Reichsgesetze zum Landrecht, oder vielmehr zu der gesetzgebenden Gewalt der souverän gewordenen Landesherrn ging indessen durch die Auflösung des Reichs allerdings eine sehr wesentliche Veränderung vor. Während nämlich früher Reichsgesetze durch Landrechte der Regel nach nur abgeändert werden konnten, wenn jenen die sog. salvatorische Clausel ausdrücklich hinzugefügt

---

13) S. besonders S. Jordan, Lehrbuch des allgem. und Deutschen Staatsrechts (Abth. 1. Cassel 1831. 8.) § 172 und L. F. Griesinger in der Fortsetzung von W. A. F. Danz's Handbuch des heut. Deutschen Privatrechts. Bd. IX. S. 142 fgg. Zu dieser Ansicht bekennt sich auch — wenigstens in Betreff der Reichsprivatgesetze — C. E. Weiße, Einl. in das gem. Teutsche Privatrecht (2te Aufl. Lpz. 1832. 8.) § 30, und, wie es scheint, auch C. F. Eichhorn, Einl. in das Deutsche Privatrecht § 24 (zweifelhaft wegen der Berufung auf v. Berg, s. oben Anm. 11), und R. Maurenbrecher, Lehrb. des heut. gem. Deutschen Rechts § 11. Vergl. auch des Letzteren Grundsätze des heut. Deutschen Staatsrechts § 89, 92, 93, 127. Hinsichtlich des Civilprocesses s. noch insbesondere A. W. Heffter Institutionen des Civilprocesses (Bonn 1825. 8.) S. 12 u. 14; hinsichtlich des Criminalrechts G. I. F. Meister, principia iuris criminalis (Ed. VII. Götting. 1828. 8.) § 17; vgl. auch G. A. Kleinschrod in dem Archiv des Criminalrechts. Bd. VII. Stck. 3 S. 355 fgg., bes. 358 fgg.

Digitized by Google

war, oder bei bloß hypothetischen Reichsgesetzen dieser Vorbehalt als stillschweigend vorhanden angenommen werden konnte [14]), — haben die Bundesglieder durch die erlangte Souveränetät ohne Zweifel die Befugniß erhalten, auch schlechthin verbietende oder gebietende Reichsgesetze aufzuheben, sofern dadurch nicht vertragsmäßig erworbene Rechte verletzt werden [15]).

Von dieser Abschweifung, die übrigens nicht ganz zwecklos sein dürfte [16]), kehren wir zu unserer Hauptfrage zurück, ob und in wie weit die Deutschen Reichsgesetze in den Deutschen Ostseeprovinzen Rußlands gelten. Diese Provinzen waren seit ihrer Germanisirung im 12. und 13. Jahrhundert bekanntlich integrirende Theile des Römischen Reichs Deutscher Nation. Die verschiedenen Landesherren, — der Meister des Deutschen Ordens in Livland, der Erzbischof von Riga, die Bischöfe von Dorpat, Oesel, Curland und Reval [17]) —

---

14) I. S. Pütter, institutt. iuris publ. German. § 218. Mittermaier a. a. O. § 17. Türk l. c. S. 380 fg. Maurenbrecher, Staatsrecht § 80 u. a. m.

15) Darin stimmen alle neueren Germanisten und Publicisten a. a. O. mit einander überein.

16) Auch schon deshalb möchte die Nebeneinanderstellung der drei Hauptansichten über die abgehandelte Controverse nicht ganz überflüssig erscheinen, weil sie von mehreren der in den vorstehenden Anmerkungen angeführten Schriftsteller nicht gehörig unterschieden werden. Namentlich werden nicht selten die zweite und dritte Ansicht, die durchaus nicht bloß in ihrer Begründung, sondern auch in ihren Resultaten von einander abweichen, mit einander verwechselt.

17) Hinsichtlich des Bischofs von Reval, so wie der Esthlän-

Digitized by Google

waren Reichsfürsten, hatten Sitz und Stimme auf den Reichstagen, auf welchen sie theils persönlich, theils durch Botschafter repräsentirt, erschienen [18]). Daß mithin zu jener Zeit die Reichsgesetze in diesen Landen in voller Kraft und Wirksamkeit waren, und zwar in eben der Weise, wie in allen übrigen zum Reiche gehörigen Territorien [19]), darüber kann gar kein Zweifel obwalten, wenn sich auch nicht bestimmte Spuren der Anwendung finden sollten [20]). Diese Verbindung des alten Livlands

---

dischen Provinzen Harrien und Wierland, die bis zum J. 1347 unter Dänischer Hoheit standen, müßte man, streng genommen, den terminus a quo ihrer Verbindung mit dem Deutschen Reiche erst von diesem Jahre an datiren; es ist dies jedoch jedenfalls auf unsere Streitfrage ohne wesentlichen Einfluß, da von der practischen Anwendung älterer Reichsgesetze (vor dem J. 1347) gegenwärtig nicht leicht die Rede sein kann. Mit Recht heißt es bei Türk a. a. O. S. 276 fg.: „Auch erstreckt sich unter den Reichsgesetzen, welche als solche, und namentlich nicht als Verträge des Kaisers und der Stände anzusehen sind, deren Zahl bis zur goldenen Bulle vom J. 1356 nur etwa 25, zum Theil auch noch mit beträchtlichen handschriftlichen Abweichungen, beträgt" — (und deren Aechtheit überhaupt zum Theil zweifelhaft ist, z. B. die der bekannten Constitutio de expeditione Romana nach Eichhorn's neuesten Untersuchungen) — „entweder kein einziges auf Privatrecht, oder, wenn es einmal geschieht, liegt die augenscheinliche Veranlassung dazu vielmehr in öffentlichen Verhältnissen und in dem Zusammenhange dieser mit jenem."

18) S. z. B. die Reichstagsabschiede von den Jahren 1529, 1530, 1545, 1548, 1555, in der neuen Sammlung der Reichsabschiede (Frkf. a. M. 1747 Fol.) Bd. II. S. 304, 329, 521, 547, 608. Bd. III. S. 40.

19) S. oben Anm. 14.

20) Vergl. überhaupt I. H. Boecler, Diss. de acquisito et amisso Imperii Rom.-Germanici in Livoniam iure pag. 102 sq.

Digitized by Google

mit dem Deutschen Reiche dauerte aber bis zur zweiten Hälfte des sechszehnten Jahrhunderts, und zwar namentlich: 1) in dem Bisthum Dorpat bis zu dessen Eroberung durch Iwan Wassiljewitsch II., am 20. Juli 1558; 2) in den Bisthümern Curland, Oesel und Reval bis zum April 1560, wo der Herzog Magnus von Holstein die Regierung dieser ihm veräußerten Stifter antrat; 3) in den Esthländischen Ordenslandschaften Harrien, Wierland und Jerwen bis zu ihrer Unterwerfung an Schweden am 4. Juni 1561, und 4) in den übrigen Theilen des Ordensstaates und im Erzbisthum Riga, bis zu deren Ergebung an Polen am 28. Novbr. 1561. Die Stadt Riga behauptete zwar ihre Unabhängigkeit von Polen bis zum Jahre 1581, indessen kann auch von einer Verbindung derselben mit dem Deutschen Reiche seit dem J. 1561 nicht wohl die Rede sein.

Bei dieser Trennung der einzelnen Territorien des alten Livlands von dem Deutschen Reiche wurden ihnen insgesammt die bisherigen Rechte ausdrücklich bestätigt [21]), und da die Reichsgesetze zu den Quellen dieser Rechte bis dahin gehört hatten, so kann auch an der fortdauernden Wirksamkeit dieser bis zur Trennung vom

---

21) S. z. B. für das Bisthum Dorpat die Capitulation vom 19. Juli 1558, für das Bisthum Oesel die Urkunde König Friedrichs II. von Dänemark vom 26. Sptbr. 1559, für Harrien, Wierland und Jerwen die Pacta subiectionis vom 2. August 1561; für die Ordenslande und das Erzstift das Privilegium Sigismundi Augusti, de feria sexta post festum S. Catharinae 1561 und die Cautio Radziviliana vom 4. März 1562.

Digitized by Google

Reiche erlassenen Reichsgesetze in den Ostseeprovinzen bis auf den heutigen Tag um so weniger gezweifelt werden, als auch in der Folge keine ausdrückliche Aufhebung derselben je erfolgt, sondern im Gegentheil bei jeder Regierungsveränderung, bei jedem Uebergange von einer Herrschaft zur anderen, der frühere Rechtszustand dieser Provinzen immer wieder von Neuem ausdrücklich confirmirt worden ist [22]). Der Theorie nach muß also unbedingt angenommen werden, daß die einmal in Liv-, Esth- und Curland geltend gewordenen Reichsgesetze im Allgemeinen auch noch heut zu Tage daselbst ungeschwächte Kraft und Wirksamkeit haben, sofern sie nicht im Einzelnen entweder durch spätere Gesetze, ja selbst durch entschieden entgegenstehendes Gewohnheitsrecht [23]), ausdrücklich oder stillschweigend

---

22) Die Aufzählung sämmtlicher in großer Zahl vorhandenen Confirmationsurkunden dürfte hier überflüssig erscheinen, zumal sie der Regel nach nur ganz allgemeine Bestätigungen des Rechtszustandes enthalten; der Deutschen Reichsgesetze wenigstens wird speciell nirgends gedacht.

23) Dafür kann übrigens ein bloßer Nichtgebrauch keineswegs angesehen werden. — Ein Beispiel eines einem Reichsgesetze entgegenstehenden Gewohnheitsrechts ist, daß nach Livländ. Landrecht gegen den Reichsabschied vom J. 1529 Geschwisterkinder, wenn sie allein vorhanden, die ihnen angefallene Erbschaft nach Stämmen unter sich theilen. Wenigstens wird dies Gewohnheitsrecht von Nielsen und v. Samson, unter Berufung auf ein Präjudicat des Livländ. Hofgerichts vom J. 1728, bezeugt, und ist daher auch von mir in meinem Liv- und Esthländischen Privatrecht Bd. II. § 368 a. E. angeführt worden. Dagegen ist mir nachgehends von dem gegenwärtigen Hrn. Hofgerichtssecretären von Tiesenhausen mitgetheilt worden, daß die heutige Pra-

aufgehoben, oder — weil sie mit der gegenwärtigen Verfassung unverträglich — als antiquirt zu betrachten sind, welches Letztere namentlich von allen durch den ehemaligen Reichsverband bedingten oder darauf sich nothwendig beziehenden Gesetzen gilt [24]). Es fehlt aber auch nicht an Belegen für die practische Fortdauer dieser Wirksamkeit. Für Esthland insbesondere liefert einen solchen Beleg die Aufnahme reichsgesetzlicher Bestimmungen in das Esthländische Ritter- und Landrecht [25]),

---

ris dem Reichsabschiede vom J. 1529 (den gerade auch die Gesandten Livländischer Landesherrn mit unterzeichnet haben, s. oben Anm. 18) conform sei. — In der im J. 1832 zu Riga lithographirt erschienenen „Darstellung des bürgerl. Rechts der Ostseeprovinzen" heißt es in dieser Beziehung im § 2199: Concurriren Ascendenten und vollbürtige Geschwister mit Geschwisterkindern, oder bloß vollbürtige Geschwister mit Geschwisterkindern: so erben die Geschwister nach Stämmen (Nov. 118. Cap. 3). Sind bloß Geschwisterkinder vorhanden, so erben sie gleichfalls (?!) nach Zahl der Häupter, es seien ihrer viele oder wenige (Nov. 118. C. 3; Auth. cessante C. de legit. hered. Esthl. Ritter- und Landr. B. III. Tit. 10. Art. 7.)." — Ob in dem letzteren Satz das Wort „gleichfalls" statt „dagegen", oder „Häupter" statt „Stämme" ein Flüchtigkeitsfehler ist, wagen wir nicht zu entscheiden. Die dazu citirten Stellen aus dem Römischen Recht, welches bekanntlich diesen Punkt unentschieden läßt, enthalten natürlich nichts über den Gegenstand; sie sind offenbar aus dem Allegat zum Esthl. R. und LR. a. a. O Anm. 11 abgeschrieben, wo aber zugleich für die Theilung in Häupter der Reichsabschied von J. 1529 (in Ewers' Ausgabe steht durch einen Druckfehler 1629) angeführt wird.

24) Dies ergiebt sich aus den oben S. 259 fg. für die Anwendbarkeit der Reichsgesetze in Deutschland aufgeführten Gründen.

25) Vergl. v. Bunge's Beiträge zur Kunde der Livländ. ꝛc. Rechtsquellen S. 132.

Digitized by Google

und für alle drei Provinzen, Livland nicht ausgenommen [26]), der bis auf den heutigen Tag ganz unbestrittene practische Gebrauch der peinlichen Gerichtsordnung Carls V. Wenn nun aber selbst diesem, ausdrücklich mit der salvatorischen Clausel versehenen Reichsgesetze [27]) die practische Gültigkeit nicht abgesprochen wird, so ist in der That nicht einzusehen, warum man anderen, insonderheit den schlechthin gebietenden oder verbietenden Gesetzen sie nicht zugestehen will. Es ist nicht unser Zweck, alle noch gegenwärtig in unseren Provinzen anwendbaren Reichsgesetze hier aufzuzählen; es mag genügen, darauf hinzudeuten, wie, — außer einzelnen Bestimmungen in den Reichsabschieden, z. B. v. 1500 und 1529 über wucherliche Verträge und Widerkauf, so wie über Successsion der Geschwisterkinder, v. 1512 über Handelsgesellschaften ꝛc. — die Notariatsordnung v. 1512, desgleichen die Reichspolizeiordnungen von den Jahren 1500, 1530 und 1548 (z. B. wegen der Obervormundschaft, wegen Verkaufs der Früchte auf dem Halme, wegen der Handwerksmißbräuche ꝛc.) für das Privat-

---

26) Dafür könnten eine Reihe von Präjudicaten des Livländ. Hofgerichts aus der älteren, wie aus der neuesten Zeit angeführt werden; dies dürfte aber um so unnöthiger erscheinen, als selbst Samson von Himmelstiern (s. oben S. 219 Anm. 9) und Nielsen (Proceßform § 310), welche im Uebrigen dem Deutschen Recht die Anwendbarkeit in Livland absprechen, der C. C. C. solche ohne Weiteres einräumen, wie denn der Erstere, in seinen Institutionen des Livländ. Processes Bd. II. den Criminalproceß vorzugsweise auf die Carolina baut.

27) S. die Vorrede zur C. C. C. a. E.

Digitized by Google

recht, die Reichskammergerichtsordnungen v. 1498 und 1555 aber für den Proceß von großer Wichtigkeit sind. Wenn nun vollends nicht geleugnet werden kann, daß viele dieser Bestimmungen, namentlich auch in Livland, wirklich practisch sind, so dürfte man mit Recht fragen: warum man zur Begründung derselben gemeiniglich nur „die Praxis“ anführt, da sie doch ohne allen Zweifel durch die gedachten Reichsgesetze eingeführt sind?

Wenn nach dem Vorstehenden als ausgemacht angenommen werden darf, daß die bis zur Trennung der einzelnen Theile der Ostseeprovinzen vom Deutschen Reiche erlassenen Reichsgesetze an sich, und in so weit sie nicht aufgehoben oder durch die veränderte Verfassung antiquirt sind, auf gleiche Weise in ganz Liv-, Esth- und Curland volle Anwendbarkeit haben [28]), so sind doch noch drei Fragen, die hiermit in Zusammenhange stehen, zu erörtern:

1) Sind bei Feststellung der oben angegebenen Gränze in den einzelnen Theilen der Ostseeprovinzen die verschiedenen Zeitpunkte ihrer Trennung vom Deutschen Reiche

---

28) Es wird dies auch von einzelnen Schriftstellern über das Livländische Recht ausdrücklich anerkannt, z. B. von W. Hezel Grundlinien des Livländ. Processes (Riga, 1812. 8.) § 9, W. F. C. de Dittmar de praecipuis fontibus iuris prov. Livonici campestris. Part. I. (Dorp. 1818. 8.) § 4 in f. pag. 29; vergl. auch G. v. Engelhardt, Beitrag zur Beantwortung der Frage: Gehen die vor 1561 geltend gewesenen eigenthümlich Teutschen Rechte dem Röm. Codex vor, oder stehen sie demselben nach? (Mitau 1817. 8.) bes. S. 37 fg., und C. Neumann oben Hft. 1. S. 67 fgg.

Digitized by Google

zu unterscheiden [29]), oder ist, wie gewöhnlich geschieht [30]), das Jahr 1561, in welchem die letzten Landschaften sich vom Reiche ablöseten, in dieser Beziehung als Normaljahr anzunehmen? Es kann sich hier übrigens nur darum handeln, ob die beiden Reichsabschiede vom 19. August 1559 — denn andere Reichsgesetze existiren zwischen den Jahren 1558 und 1561 nicht — in dem Umfange des ehemaligen Stiftes Dorpat zur Anwendung kommen [31])? Dieses Land, durch den Krieg fast ganz verwüstet, befand sich im Besitz der Russen bis zum J. 1581, wo es durch den Frieden zu Zopolsk den Polen abgetreten, und mit dem übrigen Livland vereinigt ward, welches unter dem Titel eines Herzogthums dem Großfürstenthum Litthauen incorporirt war. Die obgedachten Reichsabschiede von 1559 konnten demnach daselbst eigentlich nicht geltend werden. Allein schon

---

29) S. oben S. 299.

30) S. die in der Anm. 28 angeführten Schriftsteller.

31) Da das Stift Oesel eigentlich bereits am 29. Sptbr. 1559 von dem Bischof Johann Münnichhausen dem König von Dänemark veräußert wurde, so könnte wohl die Frage aufgeworfen werden, ob die erwähnten, erst wenige Wochen vorher emanirten Reichsabschiede daselbst in dieser kurzen Zeit haben promulgirt werden und verbindliche Kraft erlangen können? Allein es wurde bei jener Veräußerung ausdrücklich stipulirt, daß das Stift dadurch des heil. Röm. Reichs Obrigkeit unentzogen sein und bleiben solle (s. die Urk. in den gelehrten Beiträgen zu den Rig. Anzeigen Jahrg. 1766 S. 11.), und wenn eine solche Entziehung dennoch seit der Besitznahme Oesels durch die Dänen factisch geschah, so ging letztere doch erst im April 1560 vor sich, bis wohin ohne Zweifel die Promulgation stattgefunden haben mag.

Digitized by Google

früher — d. i. während der bischöflischen und Ordenszeit — war in Beziehung auf die geltenden Rechtsquellen der Rechtszustand in allen Livländischen Territorien im Wesentlichen derselbe gewesen [32]), ja durch die gegenseitige Ausdehnung der den Ritterschaften des einen Territoriums verliehenen Privilegien auf die der anderen, waren selbst diese allen Ritterschaften gemein geworden [33]). Je enger die einzelnen Theile des eigentlichen Livlands, seit ihrer Vereinigung unter Polnischer Herrschaft im J. 1581, als eine zusammenhängende Provinz, mit gleichmäßigen, unter einer gemeinsamen Oberbehörde (seit 1630 dem Livländischen Hofgericht) stehenden Unterjustizbehörden — mit einander sich verschmolzen, desto mehr mußten im Landrecht die aus der früheren Absonderung etwa noch übrig gebliebenen Abweichungen schwinden, desto mehr sich die Idee eines gemeinsamen, für das ganze Herzogthum Livland gleichmäßig geltenden Landrechts bilden. Mithin ist kein Grund vorhanden, von der Anwendbarkeit der Reichsabschiede von 1559, die in dem größten Theile Livlands gleich ursprünglich geltend geworden waren, das ehemalige Stift Dorpat auszuschließen, und zwar um so weniger, als die practische Ausführung schwierig sein dürfte, da die Gränzen des ehemaligen Stiftes keineswegs mit denen des gegenwärtigen Jurisdictionsbezirkes des

32) F. G. v. Bunge's Beiträge a. a. O. S. 4 fg.

33) Vgl. R. v. Helmersen's Geschichte des Livländischen Adelsrechts (Dorpat, 1836. 8.) § 133.

Digitized by Google

Dorpater Landgerichts übereinstimmen. Dagegen muß man für die Stadt Dorpat, die, obschon im Uebrigen mit Rigischem Stadtrecht versehen, dennoch in mancher Beziehung auch ihre eigenthümlichen Rechtsquellen hat, die Gültigkeit der gedachten Reichsabschiede in Abrede stellen [34]). Mit dieser Frage steht in genauer Verbindung

2) die andere: ob und in wie weit die nach dem Jahre 1561 erlassenen Deutschen Reichsgesetze in den Ostseeprovinzen zur Anwendung gebracht werden dürfen? Im Vorstehenden haben wir uns zwar bereits vorläufig — wenigstens in Beziehung auf einen speciellen Fall — für die Negative erklärt, und ebenso beschränkten bisher Alle, welche die Reichsgesetze für anwendbar in den Provinzen erklärten, dies ausdrücklich auf die älteren, bis zum Jahre 1561 [35]). Allein die Frage bedarf noch einer genaueren Erörterung, indem sie neuerdings von Neumann [36]) zum Theil abweichend, und zwar in nachstehender Weise beantwortet ist: „Unbestreitbar kann von einer unmittelbaren Gültigkeit derselben (d. i. der nach 1561 emanirten Reichsgesetze) keine Rede sein, weil mit der Trennung vom Deutschen

34) Es mag zugegeben werden, daß diese Erörterung der ersten Nebenfrage in ihren Resultaten — besonders rücksichtlich ihrer practischen Bedeutung — kleinlich erscheint; indeß des Princips wegen durfte sie nicht übergangen werden.

35) S. Hezel, v. Ditmar und v. Engelhardt in den in der Anm. 28 angeführten Schriften.

36) a. a. O. S. 75.

Reichsverbande auch die Abhängigkeit von den seitdem dort gegebenen Reichsgesetzen aufhörte. In so fern aber unsere Provinzen in fortdauernder Verbindung mit Deutschland und bei gleicher Nationalität und Sprache blieben, auch alle hiesigen Juristen auf Deutschen Universitäten gebildet waren, konnte es nicht ausbleiben, daß die Praxis bei uns sich im Privatrechte, so weit selbiges aus dem gemeinen Recht entnommen ist, ebenso wie in Deutschland gestaltet, zumal sich dort nach 1561 nur eine sehr unbedeutende Zahl durch die höchste legislative Gewalt gegebener, das gemeine Recht normirender Verordnungen finden werden." — Vor Allem muß gegen den Schlußsatz bemerkt werden, daß die Masse der Reichsgesetze seit 1561 so unbedeutend nicht ist, und zwar so wenig ihrem äußeren Umfange nach [37]), als auch intensiv. Anderer Reichsgesetze aus dieser späteren Zeit zu geschweigen, mag hier nun der sog. jüngste Reichsabschied vom J. 1654, und der große Einfluß hervorgehoben worden, den dieses Reichsgesetz auf den gemeinen Deutschen Proceß geäußert hat. — Was nun aber die mittelbare Anwendbarkeit dieser späteren Reichsgesetze in unseren Provinzen — sofern sie nämlich Bestandtheile der Doctrin des heutigen gemeinen Deutschen Rechts geworden sind — anlangt, so sind wir zwar im Allgemeinen weit entfernt, es in Abrede zu stellen, daß

37) In der neuen Sammlung der Reichsabschiede. Frankfurt 1747 fol. nehmen die Reichsgesetze nach dem J. 1561 ungefähr denselben Raum ein, wie die früheren.

Digitized by Google

das gemeine Recht in der Ausbildung, die es durch die Doctrin erlangt, Quelle des unsrigen sei. Wir haben uns vielmehr bereits dahin ausgesprochen, daß die einzelnen Bestandtheile des gemeinen Rechts, das Römische, Canonische und ursprünglich Deutsche, nicht als solche, sondern als das organische Ganze, zu welchem es Herkommen und Wissenschaft gestaltet haben, auch bei uns Anwendung finden. Wir erkennen endlich unbedingt den fortwährenden Einfluß an, den die Fortbildung und Fortentwickelung des Rechts durch die Wissenschaft bis auf den heutigen Tag auch auf unsere Praxis übt, und am wenigsten fällt uns ein, die Doctrin des gemeinen Rechts nur in der Gestalt, wie sie sich etwa bis zum J. 1561 abgeschlossen, anzuerkennen, allen späteren Forschungen aber die practische Bedeutung für unsere Provinzen zu versagen. Wenn nun aber auch alles Vorstehende zugegeben werden muß, so darf doch vor Allem der Grund nicht übersehen werden, auf welchem allein die practische Bedeutung der Doctrin oder des sog. Juristenrechts beruht. Man würde nämlich ohne Zweifel zu weit gehen, wenn man der Doctrin eine genetische Kraft, die Befugniß, ein neues Recht zu erschaffen, zugestehen wollte [38]); ihre Wirksamkeit muß sich vielmehr darauf beschränken, die bereits bestehenden, an sich gültigen Quellen des Rechts — namentlich des ius scriptum

38) Wenn auch, um mit v. Savigny's Worten (Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung S. 11) zu reden: „das Recht, wie es vorher im Bewußtsein des gesammten Volks lebte, so jetzt dem

— wissenschaftlich zu erläutern und weiter zu entwickeln [39]), für das ungeschriebene Recht insbesondere aber die leitenden Principien aufzufinden, und aus diesen die einzelnen Rechtsfragen zu beantworten und zu entscheiden [40]). Nur insoweit sie dies thut, nur so lange, als sie sich auf an sich gültige Rechtsquellen, oder auf leitende Principien stützt, welche aus der Geschichte der Rechtsbildung im Volke abgeleitet sind, — kann die Doctrin practische Beachtung verlangen, und verdient sie solche. So wenig aber Rechtssätzen, welche dieser Grundlage entbehren, Geltung beigelegt werden kann, so wenig darf eine Doctrin, welche sich auf nicht sonst schon gültige Quellen stützt, Anerkennung verlangen, noch finden. Daher kann z. B. den auf ungloſſirte Stellen des

---

Bewußtsein der Juristen anheimfällt, von welchen das Volk nunmehr in dieser Function repräsentirt wird", so kann diese Repräsentation doch jedenfalls nicht auch auf die alte Autonomie des Volks bezogen werden. S. Weiße Einleitung in das gemeine Teutsche Privatrecht (2te Aufl.) § 38 Anm. a. Zum Theil andere Ansichten vom Juristenrecht vertheidigt R. Maurenbrecher, Lehrb. des gem. Deutschen Rechts § 16—22, desgl. J. Weiske Einleitung in das Teutsche Privatrecht. (2te Ausg. Lpz. 1834. 8.) § 26 und 27. Allein s. dagegen G. Phillips, Grundsätze des Deutschen Privatrechts (2te Aufl. Berlin 1838. 8.) § 21. Vgl. auch G. F. Puchta, das Gewohnheitsrecht Bd. I. (Erlangen 1828. 8.) S. 161 fgg., C. F. Mühlenbruch, Lehrb. des Pandectenrechts (2te Aufl. Halle 1837. 8.) § 41, und G. Beseler in den Berliner Jahrbb. f. wissenschaftl. Kritik. Jahrg. 1839 Bd. I. № 27 Sp. 213 fgg.

39) S. die in der vorigen Anm. angef. Schriftsteller, besonders Beseler, Weiße und Puchta a. a. O.

40) S. bes. Eichhorn's Einl. in das Deutsche PR. § 39.

Corpus iuris sich gründenden Erörterungen an sich keine practische Bedeutung im gemeinen Recht eingeräumt werden [41]), noch weniger denen, welche sich ausschließlich auf Postjustinianeisches Recht stützen [42]). Wenngleich ferner anerkannt ist, daß Präjudicien der höchsten Territorialgerichte Deutschlands zur Begründung einer gemeinrechtlichen Praxis angeführt werden können, so muß dies doch auf solche beschränkt werden, welche nicht auf bloß particularrechtliche Normen gebaut sind [43]). Nicht anders verhält es sich aber mit der Brauchbarkeit der seit 1561 emanirten Reichsgesetze für unsere Ostseeprovinzen. Fehlt diesen Gesetzen, wie Neumann selbst anerkennt, die unmittelbare Anwendbarkeit, so darf auch ihre mittelbare Einführung durch die Doctrin nicht statuirt werden. Daß diese Grundsätze auch da Anwendung leiden, wo, wie in Esthland und Curland, das Allegiren von Meinungen der Rechtsgelehrten in gerichtlichen Schriften üblich und zulässig ist [44]), und daß eben daher überall auf die Quelle der Doctrin zurückgegangen werden muß, unterliegt wohl keinem Zweifel. — Wie übrigens nicht leicht eine Regel aufgestellt werden mag, die keine Ausnahmen zuließe, so ist es auch mit der eben vertheidigten der Fall, und zwar dürften solche Ausnahmen in folgenden zwei Fällen eintreten:

a) Wie das bereits eben vergleichsweise angeführte Postjustinianeische Recht als Hülfsmittel für die Interpretation der Justinianeischen Rechtsbücher erscheint [45]), so sind ohne Zweifel auch die späteren Reichsgesetze bei uns brauchbar für die Auslegung der älteren, so z. B. die Reichspolizeiordnung vom J. 1577 für die älteren

41) Wir wissen wohl, daß die practische Regel: Quidquid glossa non agnoscit, illud nec agnoscit curia (welche auch in den Ostseeprovinzen anerkannt ist: G. v. Engelhardt a. a. O. S. 39 fg., v. Ditmar l. c. S. 24) besonders in neuerer Zeit angefochten worden ist (vgl. Mühlenbruch a. a. O. § 18 a. E.); allein sie ist durch Jahrhunderte dauernde Praxis sanctionirt. Vergl. übrigens unten Anm. 47.

42) Z. B. auf die Basiliken, die Novellen Leo's ꝛc.

43) Maurenbrecher a. a. O. § 17.

44) In Livland ist es verboten: s. v. Bunge's Privatrecht § 13 N. 1.

45) J. F. L. Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Bd I. (Götting. 1838. 8.) S. 73 fg.

Polizeiordnungen; ja es dürfte selbst den sog. Concepten der Kammergerichtsordnung von den Jahren 1613 und 1772, wiewohl sie auch in Deutschland nicht Gesetzeskraft erlangten, eine Berücksichtigung der Art nicht zu versagen sein [46]). Die Brauchbarkeit der neueren Reichsgesetze geht aber

b) auch noch weiter, indem denjenigen sich darauf stützenden Lehren der Doctrin, welche bereits von der Praxis, und namentlich durch die Observanz, förmlich recipirt worden sind, die practische Anwendbarkeit allerdings nicht versagt werden dürfte [47]). In dieser Beschränkung, als Ausnahme von der entgegenstehenden Regel, stimmen wir der Ansicht Neumann's bei. Allein es muß in jedem einzelnen Falle der Art die Reception erwiesen werden, wenn sie nicht notorisch ist. Letzteres dürfte namentlich in Curland ohne Zweifel mit vielen Bestimmungen des jüngsten Reichsabschiedes von 1654 der Fall sein; für Esthland liefert das Ritter- und Landrecht ein Beispiel, durch förmliche Reception einer Bestimmung des Tit. 17 der Reichspolizeiordnung vom J. 1577 im Art. 4 Tit. 3 B. IV [48]).

3) Wir kommen endlich auf die letzte Nebenfrage: sind dort, wo das Esthländische Ritter- und Landrecht

---

46) Wie zweckmäßig eine spätere, unmittelbar nicht gültige Gesetzgebung auch bei uns für die Aufklärung von Instituten gebraucht werden kann, die das ältere Recht noch nicht vollständig ausgebildet hatte, davon ist in der Abhandlung über die Livländische Querel in diesem Hefte (s. oben S. 247 fgg.) ein höchst interessantes Beispiel gegeben worden.

47) Aus demselben Grunde können auch Grundsätze, welche zunächst auf unglossirten Stellen des Corpus iuris beruhen, — z. B. über die Erbfähigkeit der juristischen Personen — durch Reception von Seiten der Praxis Gültigkeit erlangen.

48) Ein lehrreiches Beispiel gewähren hier noch die Stadtrechte, die häufig nicht in der Form, in der sie ursprünglich anderen Städten verliehen oder von ihnen recipirt sind, sondern in der Bearbeitung, die sie lange nachher in der Mutterstadt erhalten haben, angewendet werden. An sich muß solchen späteren Bearbeitungen die Anwendbarkeit in den früher damit bewidmeten Tochterstädten ohne Zweifel abgesprochen worden; wo sie aber — wie z. B. in Reval und Wesenberg mit dem Lübischen, in den Städten Livlands mit dem Rigischen Stadtrecht der Fall ist — von der Praxis einmal anerkannt worden, beseitigt diese Anerkennung alle Zweifel.

Digitized by Google

gilt, die Deutschen Reichsgesetze bloß in so weit anwendbar, als sie in dasselbe ausdrücklich aufgenommen sind, oder auch weiter? Wir können uns bei der Beantwortung um so kürzer fassen, als dieselbe Frage in Bezug auf das Verhältniß des Röm. Rechts zum Ritter- und Landrecht in diesen Erörterungen bereits durch v. Madai mit Umsicht und Scharfsinn behandelt worden ist, worauf wir daher hier nur hinzuweisen brauchen [49]). Eine durchgreifende Regel aufzustellen, ist auch hier schwierig; indeß dürfte doch — da das R. und LR. ausdrücklich die subsidiäre Anwendung des gemeinen Rechts anordnet [50]) — im Allgemeinen anzunehmen sein, daß überall, wo keine ganz exclusive Fassung dem entgegensteht, auch die nicht in das R. und LR. aufgenommenen Bestimmungen der Deutschen Reichsgesetze subsidiäre Anwendbarkeit im Esthländ. Landrecht haben.

Nachtrag zur Abhandlung IX.

Als der Druck der obigen Abhandlung bereits beendet war, erhielt ich von dem um das Polnische Recht so verdienten Gelehrten, Herrn Professor Maciejowsky, dem ich meine Ansicht in Betreff des § 182 der Curländ. Stat. mitgetheilt hatte, folgende, dieselbe bestätigende Erwiederung: „Der § 182 der Curländ. Stat., wie Sie ihn mir mittheilen, ist in der That wörtlich aus dem ältesten Polnischen Rechte entlehnt. Dies Recht ist zwar schon in den Statuten Casimir d. Gr. modificirt, doch hie und da wird noch darauf in demselben Statut angespielt (pag. 89 edit. Bandtke) [1]); aber wörtlich ist es noch in dem Recht der alten Masuren (statuta Masoviae edid. Bandtke pag. 434) enthalten. Die Sache erklärt sich aus der Gütergemeinschaft der Slaven (s. meine Slavische Rechtsgeschichte): der Vater und der Sohn waren in Gütergemeinschaft; heirathete der Vater zum zweiten Male, so mußte er seine Güter mit dem Sohne (den Söhnen) theilen.“ v. Madai.

49) S. oben S. 284 fg.
50) B. I. Tit. 15 Art. 6, Tit. 32 Art. 1, B. V. Tit. 48 Art. 2.
1) Vgl. hierüber das von mir oben in meiner Abhandlung S. 237 Bemerkte.

Digitized by Google

XIII.

Actenmäßige Darstellung eines merkwürdigen Criminalfalls.

Aus vorliegenden Original-Acten referirt und mit einer critischen Beleuchtung, über Zurechnung und Größe der Strafbarkeit, begleitet

von dem Herrn Assessor des Livländischen Hofgerichts und Ritter M. v. Wolffeldt in Riga.

Auf dem Hofe K. im M...schen Kirchsprengel des W...schen Kreises verbreitete sich in den letzten Tagen des Mai Monats 1820 das Gerücht, als habe auf dem Beihofe O. die unverehelichte Viehmagd Magdalena ein todtes Kind heimlich geboren und bei Seite geschafft. Von der Verwaltung des Gutes wurden die erforderlichen Nachforschungen angestellt, auch die Beschuldigte befragt, welche aber bis dahin die Anschuldigung leugnete, als man, durch Untersuchung ihres körperlichen Zustandes und des Vorhandenseins der Milch in den Brüsten, sie der stattgehabten Niederkunft überführte. Die nunmehr Geständige bezeichnete in dem nahgelegenen Garten den Ort, wo sie die todtgeborene Leibesfrucht verscharrt, die man sogleich wieder hervorholte und zur ärztlichen Obduction brachte.

Man fand den kleinen Leichnam vollkommen gekleidet, nach Weise der neugebornen Kinder gewickelt, mit einem Häubchen angethan, und außerdem noch in ein starkes weißes Tuch eingehüllt und mit diesem in das Grab gelegt.

Bei der Obduction fand der Kirchspiels-Arzt Dr. N..... den kleinen Leichnam, männlichen Geschlechts, völlig ausgetragen, mit Nägeln an Händen und Füßen, langen Haaren und ganz fester ausgebildeter Haut; übrigens ganz rein gewaschen und den Nabelstrang mit einem doppelten Zwirnfaden gehörig unterbunden. An dem ganzen Körper fand sich kein Zeichen der geringsten Abnormität, und nur die Stirn und die Augenbogen, vorzüglich der linken Seite, zeigten ein schwarzblaues Ansehen, während aus der Nase blutige Jauche floß.

Schon äußerlich konnte der Obducent einen Schädelbruch deutlich fühlen, und nach Hinwegräumung der äußern Bedeckungen ergab sich das Stirnbein der linken Seite zerbrochen, mehrere Blutgefäße zerrissen und das Gehirn stark mit Blut unterlaufen.

Die Eröffnung der Brusthöhle zeigte die Lungen in normaler blaßrother Farbe, sie schwammen auf dem Wasser, zischten beim Zerschneiden, und gaben dadurch den Beweis, daß das Kind bei oder nach der Geburt geathmet gehabt. Im Unterleibe waren alle Theile im normalen Zustande, wie sich denn auch äußerlich an dem Leichnam, weder an dem Rücken noch an der Brust, dem Halse oder Bauch, irgend ein Fleck zeigte. Der Obducent stellte sein Gutachten über die Todesursache

Digitized by Google

dahin: daß die Verletzung an dem Kopfe des Kindes absolut tödtlich gewirkt habe.

In der vorläufigen Befragung hatte die Inculpirte angegeben, daß sie am Tage vorher um die Mittagsstunde in ihrem gewöhnlichen Schlafzimmer, in Abwesenheit aller Mitbewohner desselben, das Kind geboren, welches aber nicht gelebt, da, als sie es von dem Boden, wohin es von ihr geschossen, aufgehoben, dasselbe völlig leblos gewesen. Sie hatte den Nabelstrang mit einem Bindfaden unterbunden, um das fernere Bluten zu verhindern, den Leichnam sodann gewaschen und in die früher schon von ihr für das zu erwartende Kind gefertigten Kleidungsstücke gekleidet, für's erste aber in ihrem Kasten ein paar Stunden liegen lassen, bis sie sich selbst stark genug gefühlt, den Leichnam in den an dem Hause befindlichen Garten zu tragen, und dort, nachdem sie ihn in ein Leichentuch gehüllt, in ein ausgescharrtes Loch zu versenken und mit etwas Erde zuzudecken.

Nach bestehender Ordnung wurde nunmehr die Inculpirte wegen ihres Verfahrens in Beseitigung des Leichnams, und dadurch zugleich bewirkten Verheimlichung ihrer Niederkunft, insbesondere wegen des hierbei unterlaufenden Verdachts stattgehabter doloser Tödtung des Kindes, wohin die an dem Kopfe desselben gefundene Verletzung schließen ließ, dem Criminalgerichte zur fernern Befragung und Aburtheilung übergeben, und ist

aus den Verhandlungen des Ordnungs-Gerichts, wie des Landgerichts, nachfolgendes Actengemäße zu referiren.

Magdalena, 29 Jahre alt, Lutherischer Confession und ordnungsmäßig ad sacra admittirt, hat überall, von der Gutsherrschaft, dem Ortsprediger und von ihren Dienstgenossen, das beste Sittenzeugniß, und zugleich das eines sehr sanften und huldsamen Gemüths erhalten; sie war unverehelicht, jedoch war es als abgemachte Sache betrachtet worden, daß der Hofesaufseher Andrees K. sie zum Weibe nehmen würde, als plötzlich dieser sich um ein anderes Mädchen beworben und dieses geehelicht. In Beziehung auf ihr Verhältniß zu Andrees K. hat nun Magdalena ihr Bekenntniß zu den Acten dahin abgelegt, daß sie unter Zusicherung nachfolgender Ehelichung durch ihn geschwängert worden, ihren Leibeszustand aber allererst dann ihrem Verführer entdeckt, als dieser sich anderweit verehelichen wollen.

Andrees K. hatte dieses ihr Vorgeben nur für einen Kunstgriff gehalten, ihn zur Eingehung der Ehe mit ihr zu bewegen, zumal sie durch keine äußerlich bemerkbare Veränderung ihrer Gestalt ihr Vorgeben unterstützte, und daher ihr Mahnen an Verheirathung mit ihm zurückgewiesen, seine Bewerbungen um seine neue Braut fortsetzend, wogegen Magdalena, wahrscheinlich aus Furcht vor der damit verknüpfen Veröffentlichung ihrer geschwächten Mädchenehre, keinen gerichtlichen Schritt that. Sie hatte zwar Niemandem sonst eine ausdrückliche Anzeige von ihrer Schwangerschaft

gemacht, scheint sich aber in ihr Schicksal ergeben gehabt zu haben, da sie für das zu erwartende Kind die erforderlichen Kleidungsstücke, an Wäsche, Windeln, Tüchern und Hauben, in Gegenwart ihrer Dienstgenossen verfertigte, und es fand daher zwischen ihr und den letztern eine stillschweigende Uebereinkunft wegen ihres körperlichen Zustandes statt, wodurch ihre Schwangerschaft zwar nicht von ihr ausdrücklich angezeigt, jedennoch eine allen bekannte Sache war, über welche man die Magdalena um so weniger ausdrücklich befragen wollte, als man einestheils über die Sache selbst in Gewißheit war, anderntheils aber die durch die Untreue des Andrees K. ohnehin sehr Gebeugte nicht noch mehr betrüben mochte. Unter solchen Vorbereitungen, Rücksichten u. s. w. kam die Zeit der Verheirathung des Andrees K. herbei, und, sonderbarerweise, auch die der Entbindung seiner verlassenen Geliebten, obwohl ihr unbewußt. In demselben Hause feierte Andrees K. seine Hochzeit in der einen Hälfte desselben, in welchem, nur durch ein Vorhaus getrennt, in der andern Hälfte, Magdalena, in ihrem gewöhnlichen Zimmer, schwer krank zu Bette lag. Die Festlichkeit am Sonntage Mittags hatte die übrigen Einwohner dieses Zimmers, Viehmägde und Corden (denn Inquisitin war sogenannte Hofmutter oder Aufseherin über sämmtliche Viehmägde des Gutes) alle auf die andere Seite des Hauses geführt, während sie allein, den entsetzlichsten körperlichen Leiden und auch wohl den Qualen der Eifersucht überlassen war, welche ihre Entbindung herbeiführten und

begleiteten. Ueber den Act der Geburt ihres Kindes deponirt Magdalena: sie habe mit den heftigsten Leibwehen auf ihrem Bette gelegen, und zugleich brennenden Durst gefühlt; unfähig sich selbst zu helfen, habe sie laut nach Hülfe und nach einem Trunck Wasser gerufen, aber dieser Hülferuf war ungehört in dem von drüben herschallenden Jubel verklungen, und in dem Schmerz, und in der Verzweiflung über ihre gänzliche Verlassenheit, hatte sie mit Anstrengung aller Kräfte aus dem Bette springen wollen, sich einen Trunk zu holen, war auch mit dem rechten Bein über das linke aus dem Bette auf den vor demselben befindlichen Tritt oder Stufe getreten, als die Geburtswehen in dieser für die Entbindung bequemen Stellung mit solcher Geschwindigkeit und Gewalt die Leibesfrucht der Inquisitin hervordrängten, daß sie unaufhältlich zu Boden schoß, und Magdalena, unfähig sich zu helfen, ohnmächtig in das Bette zurückgesunken war.

Wie lange sie in dieser Bewußtlosigkeit zugebracht, hat sie nicht bestimmt angeben können: ihrer Meinung nach, wenigstens eine Stunde; sie war erwacht und hatte gefunden, daß ihr während der Ohnmacht die Nachgeburt abgegangen; Niemand war bei ihr, lauter Jubel noch im Hochzeitszimmer. Sie hatte ihr Kind von der Diele aufgehoben und dasselbe entseelt gefunden, es für's erste in ihrem Bette verborgen, um das Blut auf dem Tritt vor dem Bette und auf der Diele wegzuschaffen, was sie Alles ungestört thun können. Erst nachdem dies Alles geschehen und sie den kleinen Leich-

nam in ihren Kasten eingeschlossen, auch sich, ermattet, wie sie gewesen, wieder auf ihr Bette niedergelegt, waren zwei ihr untergebene Mägde an dasselbe gekommen, hatten sich nach ihrem Befinden und nach den Blutspuren auf Tritt und Diele erkundigt, und zur Antwort erhalten, daß solche durch plötzlichen Eintritt ihrer Menstruation erfolgt seien. Den Mägden aber, welche wie alles übrige Volk von der Schwangerschaft der Magdalena überzeugt waren, wollte diese Angabe nicht glaublich erscheinen, und durch den von ihnen geschöpften Verdacht, Magdalena dürfte geboren haben, den sie nicht verhehlten, erscholl das Gerücht hierüber immer weiter und bis in den Hof K., von wo aus denn auch die Nachfrage, wie bereits referirt worden, vorgenommen, und was geschehen, entdeckt wurde. Ehe es jedoch hierzu kam, hatte Magdalena zu Folge ihrem weitern Geständnisse, während eines kurzen Alleinseins des Nachmittags, an dem Leichnam den Nabelstrang unterbunden, sodann den Körper gewaschen, ihn in Tücher und Windeln gewickelt, noch in ein großes Tuch gehüllt, ihn sodann in den Garten getragen und daselbst in ein Loch gelegt, das sie mit Erde zugedeckt, nunmehr in der Absicht, den ganzen Vorgang zu verheimlichen, um solchergestalt ihrem Verführer nicht den Triumph zu gönnen, daß er sie in ihrer Schande stecken lassen. Diese Täuschung dauerte aber nur eine kurze Zeit, denn schon Tages darauf war die Sache entdeckt. Ueber die an dem Kopf des Leichnams befindliche große Verletzung, weiß Inquisitin durchaus keine andere Aufklärung

Digitized by Google

zu geben, als daß sie durch das Auffallen des Kindes mit dem Kopfe auf die vor dem Bette befindliche Stufe und von dieser auf den Fußboden von Lehmschlag entstanden sein müsse, jede Verschuldung hieran, leugnet sie. Soweit gingen die Geständnisse der Magdalena; was in der weiteren Untersuchung und Befragung ausgemittelt und durch die Aussagen anderer Personen zu den Acten erhoben worden, besteht in Folgendem:

1) Es wurde festgestellt, daß das Bette der Magdalena dergestalt an einer Wand befindlich war, daß der darin Schlafende letztere zur rechten Seite hatte. Das Bette war auf so hohen Füßen, daß man, um in dasselbe gelangen zu können, einen starken, bekanteten Balken als Stufe vor das Bette gelegt hatte, und doch dieser von der obern Fläche des Bettes, noch 2 Fuß 5 Zoll tiefer lag.

2) Der Fußboden in dem Zimmer war eine unebene Tenne von Lehmschlag.

3) Auf der Stufe, wie auf dem Boden vor dieser, fand man Blutspuren von bedeutender Ausdehnung, obwohl nicht zu erkennen, daß sie durch Waschen vertilgt werden sollen.

4) Auch in dem Kasten der Magdalena waren einige Spuren von aufgeflossenem Blute.

5) Durch die einstimmige Aussage der Hausgenossen der Inquisitin wurde ihre Angabe, daß sie das Kinderzeug ganz öffentlich verfertigt, bestätigt, und sogar ausgemittelt, daß sie den Mägden Anne und Marie, auf ihre

neckenden Nachfragen, für wen sie dieses Kinderzeug mache, da sie doch kein Weib sei, geantwortet: „ich bin zwar kein Weib, aber eine Sünderin, und muß geduldig die Folgen meiner Sünde tragen und hüten, wahret Euch, daß man Euch nicht so berücke als mich.“

6) Gleichfalls durch die Aussagen ihrer Hausgenossen wurde zu den Acten versichert, daß, so sanft und freundlich dieselbe während ihrer Schwangerschaft gewesen, so sehr erbittert habe sie sich doch gegen ihren Verführer gezeigt, und es sei ein Paarmal geschehen, daß Magdalena über die höhnenden Neckereien des Andrees K.: wie sie ihn gern ehelichen möchte, aber er sich eine jüngere und hübschere Braut gewählt habe, in krampfhafte Convulsionen verfallen, und sogar die Gutsverwaltung, welche in dem Disponenten K. bestand, veranlaßte, dem Andrees K. dergleichen Verhöhnungen für immer zu untersagen.

7) Andrees K. über sein Verhältniß zur Magdalena befragt, gestand unverholen ein, sie unter dem Versprechen der nachfolgenden Ehe, sich geneigt gemacht, und sie sodann verführt zu haben, daß sie ihm aber, nach erlangter Gunst, nicht länger gefallen, obwohl er ihr sonst nichts Schlimmes nachsagen könne, und er sich nur eine jüngere Braut gewünscht und gesucht. Er gesteht ein, daß Magdalena ihm zweimal gesagt, wie sie durch den etwa 14 Tage dauernden vertrauten Umgang mit ihm schwanger sei, er es ihr aber nicht geglaubt, und es nur für einen Kunstgriff von ihr gehalten, ihn zur Realisirung seines Eheversprechens zu ver-

mögen. Ferner gesteht Andrees K. ein, daß, da er wirklich nicht geglaubt, daß sie schwanger sei, Magdalena wegen ihrer List, ihn zum Heirathen zu zwingen, ihm widerlich geworden sei, und er sich allerdings jenen Hohn gegen dieselbe erlaubt gehabt. Uebrigens giebt ihr auch dieser Andrees, in Rücksicht ihrer Gutmüthigkeit, sonstigen Sittsamkeit, Fleiß und Treue, ein sehr warmes Zeugniß.

Zwischen den Aussagen der Magdalena, daß ihr Kind todtgeboren, und dem ärztlichen Befundscheine bei der Obduction des Leichnams, fand der Widerspruch statt, daß Letzterer aus den Resultaten der Lungenproben deducirt, das Kind habe in oder nach der Geburt geathmet, also gelebt. Dieser Widerspruch begründete in Beziehung auf die große Kopfverletzung an dem Leichnam um so mehr einen Verdacht wider sie, als sie durch die Verheimlichung ihrer Entbindung einestheils den schon gesetzlich bezeichneten Verdachtsgrund für dolöses Verhalten ins Leben stellte, anderntheils in vorliegendem Falle dieses Indicium um so gewichtiger war, als Magdalena vor ihrer Entbindung keinenfalls die Absicht verrathen, sich ihrer Leibesfrucht entäußern zu wollen, vielmehr alle Vorkehrungen getroffen, welche zur Wartung und Pflege des zu gebährenden Kindes dienlich, mithin bei oder nach der Geburt Motive gewirkt haben mußten, welche die Verheimlichung nunmehr und so sehr nothwendig machten, daß selbst die in der Inquisitin vorhandene Ueberzeugung von der Kenntniß so vieler Personen über ihren schwangern Leibeszustand

und der daraus fließenden Gewißheit augenblicklicher Entdeckung des Vorgefallenen, durch ihre veränderte Natur u. s. w., nichts gegen die Beweggründe zur Verheimlichung vermocht hatten.

In Folge solcher Betrachtung war es nothwendig, daß man in der Inquisition wider Magdalena, eben wegen der an dem Leichnam befindlichen großen Kopfverletzung und wegen doloser Entstehung derselben argumentirte; allein die desfalsige Befragung lieferte nur das Resultat:

1) daß Magdalena eingestanden, mehrfaches Kinderzeug, und zwar mehrere Exemplare von einzelnen Stücken, angefertigt zu haben; woraus wenigstens soviel hervorzugehen schien, daß auf Fortleben des Kindes gerechnet, und nicht bloß eine einfache Bekleidung des Kindesleichnams angefertigt werden sollen, mithin, sollte dolus bei der Kopfverletzung gewirkt haben, dieser nicht lange voraus beschlossen war.

2) daß das Kind wirklich bei der Geburt gelebt, was sie nunmehr unumwunden eingestand, und zugleich anzeigte, daß sie das Kind zwar nicht schreien gehört, aber während des Gebährens und beim Hinunterschießen desselben sehr deutlich die Bewegungen der Glieder des Kindes wahrgenommen, es aber, nachdem sie aus der Ohnmacht erwacht, todt auf seinem Gesichte liegen gefunden.

Digitized by Google

3) daß Magdalena sich im Verhör, bei Ableugnung ihrer Schuld an dem Tode des Kindes, sehr verlegen benommen, sich zwar eine große Sünderin genannt, aber mit großer Bestimmtheit und unbefangen jede Verschuldung an der großen Kopfverletzung des Kindes in Abrede gestellt;

4) daß sie sogar in der angestellten priesterlichen Admonition diese letzerwähnte Verschuldung unabweichlich leugnet, indem sie mit dem so häufig vorkommenden Refrain schließt:

„ich bin zwar eine große Sünderin, aber an der Kopfverletzung des Kindes habe ich nicht die geringste Schuld, so wahr mir Gott helfe!“

5) daß sie endlich auf die Nachfrage, woher sie sich für eine große Sünderin halte, die Verheimlichung ihrer Niederkunft vorgeschützt, hierbei sich aber dermaßen verlegen benommen, daß man wohl vermuthen können, sie verberge noch ein Geheimniß, dem jedoch durch kein erlaubtes Mittel der Inquisition beizukommen gewesen.

Hiermit mußte die Untersuchung als geschlossen angesehen werden, da kein Mittel ferner übrig war, Ueberzeugung zu erlangen, ob die einzige von dem Obducenten angegebene Todesursache in concreto von Magdalena dolose herbeigeführt, oder nur zufällig, in der von ihr vermutheten Art, eingetreten war. Die Erfahrung lehrt freilich, daß bei stehend erfolgter Geburt dergleichen tödtliche Verletzungen des Kopfes, wie die in

Frage stehende, häufig eintreten, und Eschenbach [1], Daniel [2], Büttner [3] führen mehrere Beispiele hiervon an, indem diese, wie mehrere andere Gerichts-Aerzte, die Fälle sehr häufig finden, wo Schwangere, theils durch Ueberraschung, theils absichtlich stehend gebären, und durch das Aufschießen der Leibesfrucht auf harte Gegenstände tödtliche Contusionen und absolut tödtliche Schädelbrüche herbeigeführt sind.

Die Frage, ob in vorliegendem Falle die in Rede stehende Kopfverletzung durch die angegebene Veranlassung entstanden, d. h. ob wirklich Magdalena in der erzählten Art geboren gehabt, und durch Aufschießen des Kopfs ihres Kindes auf den harten Boden die Verletzung desselben verursacht worden — abstrahirt von allem dolus hierbei — gehört in die Reihe derjenigen, welchen niemals eine Beantwortung, mit juridischer Gewißheit, zu Theil werden kann; sofern hierüber nur die Aussage der beschuldigten Person selbst entscheiden kann, deren Interesse es eben ist, die Frage zu verneinen. Das scheint aber auch nicht der Standpunkt, von dem aus der Fall zu beurtheilen. Es ist keineswegs für die Beschuldigte die gesetzliche Verpflichtung vorhanden, mit juridischer Gewißheit den Beweis zu führen, daß ihre Angabe, stehend — wie sie ausgesagt — geboren zu haben,

1) Sammlung med. Respons. Cas. I.

2) In einem eigenen Gutachten seiner Sammlung Cas. 71.

3) Vom Kindermorde, Observ. 27.

dergestalt, daß ihre Leibesfrucht ex utero zu Boden geschossen, vollkommen wahr sei.

Für die Wahrheit würde die Vermuthung streiten müssen, hätte nicht Magdalena, durch die Verheimlichung der Geburt, einen Verdacht im Allgemeinen wider sich begründet, der die Nothwendigkeit allerdings herbeigeführt, für die Glaubwürdigkeit ihrer Aussagen, zumal wenn sie die Beseitigung dieses Verdachts betreffen, Bescheinigung zu erlangen. Es frägt sich daher, ob sich aus der Untersuchung Umstände hervorthun, die nicht nur nicht den Aussagen der Inquisitin widerstreiten, sondern, mit diesen übereinstimmend, ihre Glaubwürdigkeit darthun. Als solche Umstände oder Belege scheinen nur die in den Acten sichergestellten bedeutenden Blutspuren vor dem Bette der Magdalena, auf dem Balken sowohl als auf der Diele, angenommen werden zu dürfen, da diese vollkommen auf die Art der Geburt, wie sie sie angegeben, hindeuten, und nicht vermuthet werden kann, Magdalena könnte diese Spuren geflissentlich veranstaltet haben, um irre zu leiten, da nirgends zu den Acten erwiesen oder angedeutet werden können, daß und wo anders sie geboren gehabt. Bei dem Mangel aller Umstände, welche ihrer Aussage, rücksichts der Art ihrer Niederkunft, widersprechen könnten, finden sich noch in ihrer Erzählung selbst und in dem Leichenbefunde Data, welche, combinirt, das Bekenntniß zu unterstützen scheinen.

Es hat nämlich Magdalena 1) angeführt, daß, als sie auf dem Bette liegend, vergeblich nach Hülfe

und einem Trunk Wasser gerufen, sie, in Verzweiflung über ihre gänzlich hülflose Lage, sich zusammengerafft, und durch Ueberschlagen des rechten über das linke Bein, oder richtiger, durch Umwälzung des ganzen Körpers vom Rücken auf das Gesicht, das rechte Bein auf die bekannte Stufe gestellt, während sie noch mit dem linken Bein auf dem Knie im Bette geblieben und solchergestalt die Geburt sie überrascht. Erfahrung und mechanische Nothwendigkeit belehren, daß diese Art des Erhebens aus dem Bette von Magdalena richtig angegeben worden; denn es werden schwangere Weiber, wie überhaupt Personen mit starken Leibern, durch diese an der nothwendigen Aufrichtung der obern Körperhälfte gehindert, welche zuförderst erforderlich ist, um sodann das Aussetzen der Beine aus dem Bette, in vorliegendem Falle auf die Stufe, möglich zu machen. Nun aber ist übrigens zu den Acten erwiesen, daß Magdalena von ihrem Bette zur Stufe, noch eine Höhe von 2 Fuß 5 Zoll hatte, von welcher sie, auf dem Bette sitzend, die Stufe mit den Füßen nicht erreichen konnte. Nur in der von ihr angegebenen Art konnte sie aus ihrem Bette steigen wollen, aber auch nur in dieser Art scheint die Stehendgeburt auf der Stufe möglich, und auf der Stufe muß sie erfolgt sein, da auf dieser gerade der größte Umkreis der Blutspur zu bemerken ist. Wäre nun solchergestalt, wie man annehmen kann, die Entbindung erfolgt, so würde sich

2) aus der Stehendgeburt die Kopfverletzung,

wenn man vom dolus abstrahirt, am leichtesten erklären.

Denn, als Normal-Geburt, mußte das Kind aus der Gebärmutter dergestalt an das Tageslicht kommen, daß es das Hinterhaupt dem Gesicht der Mutter zugewendet hatte, mithin der Fall dasselbe auf das Gesicht, und als nächsten Berührungspunct in diesem, auf die Stirn zu Boden bringen mußte. Die durch den Aufstoß auf die Stufe oder die Diele entstehende Verletzung mußte also, unter solchen Voraussetzungen, nothwendig die Stirn des Kindes treffen, und kann man noch ferner schließen, daß das Kind im Fallen nur den Balken oder Stufe gestreift haben muß, da die Mutter es auf dem Boden liegen fand, so dürfte sich hieraus auch erklären, daß die Verletzung der Stirn, besonders auf der linken Seite statt gefunden, da das fallende Kind nur mit seiner linken Seite den Balken, nach der Lage desselben und der Richtung der Gebärenden, berühren konnte.

Indessen, diese Argumentationen für die Wahrscheinlichkeit der Angabe Magdalenens, über die Entstehung der Kopfverletzung an ihrem Kinde, konnten den dringenden Verdacht nicht beseitigen, welchen sie selbst, durch die Verheimlichung ihrer Niederkunft, wider sich erweckt hatte. Sie konnten ihn um so weniger aufheben, als aus diesem allgemeinen ein specieller und dringender Verdachtsgrund, der eines mitwirkenden dolus, wurde. Die Verheimlichung der Niederkunft schließt den Cyclus der Verheimlichungen

deren Coexistenz den präsumtiven Kindermord begründet. Ihre alleinige Existenz aus den Gründen, welche in der Regel bei den präsumtiven Kindermorden wirken, ist fast undenkbar. Denn wenn eine geschwächte schwangere Weibsperson das Schamgefühl überwunden, ihren entehrten Zustand, die uneheliche Schwangerschaft, Anderen ausdrücklich oder stillschweigend einzugestehen, wenn sie keinen heimlichen Ort zu ihrer Niederkunft aufgesucht, sondern diese in ihrem gewöhnlichen, von Andern frequentirten Aufenthaltszimmer abgewartet, so fällt die Furcht vor Schande, im Besitz eines unehelichen Kindes zu sein, als wirkender Grund zur Verheimlichung ihrer Niederkunft, unbezweifelt weg, da jene Furcht schon durch das Bekanntwerden ihrer Schwangerschaft hinlänglich überwunden war; tritt also dennoch die Verheimlichung der Niederkunft in einem gegebenen Falle, wie hier, ein, so muß ein solcher Umstand um so mehr als ein dringender Verdacht für den dolus wirken, wenn, wie in concreto, durch den ärztlichen Befund an dem Leichnam Spuren offenbar und tödtlich angethanener Gewalt sichergestellt sind.

So dringend aber auch dieser Verdachtsgrund wider Magdalena wegen des dolus wirkt; so kann doch dieselbe, aus diesem Verdachtsgrunde allein, nicht des dolosen Kindermordes convincirt werden, so wenig als er für sich betrachtet ein Verbrechen ist. Sowohl in dem gemeinen Rechte, und zwar in der P. G. O. Art. 131, als auch in dem in Livland gültigen Provincialrechte,

und namentlich in dem Königlichen Placat vom 15. Nov. 1684, pag. der Landes-Ordnungen 318, findet man nur durch die Coexistenz: der verheimlichten unehelichen Schwangerschaft, des heimlichen Gebärens und der verheimlichten Niederkunft, das Verbrechen des Kindermordes, auch gegen die leugnende Angeklagte, als begründet angenommen, in Folge dessen derselben das Crimen infanticidii zugerechnet und wider sie die Todesstrafe aberkannt werden soll, auch wenn sonst kein Beweis für wirklich dolose Tödtung des Kindes vorhanden. Dieses Gesetz hat zu seiner Strenge keinen andern Grund, als, durch die Furcht vor der Strafe, das bei jenen Gesammt-Verheimlichungen fast allein wirkende Motiv, die Furcht vor dem Verlust der Geschlechtsehre, zu überwinden, weil diese Furcht und die aus ihr hervorgehenden Verheimlichungen, durch die Hülflosigkeit der Gebärenden, dem werdenden Staatsbürger lebensgefährlich werden kann; denn an sich läge in diesen Verheimlichungen kein Unrecht, sofern nicht die Rechte Dritter dadurch gefährdet würden, da nur das Recht Anderer die Beschränkung unserer Willensfreiheit und die Norm zu unseren Verpflichtungen ist.

Hat nun aber der Gesetzgeber an die Coexistenz der drei Verheimlichungs-Requisite bestimmte Folgen geknüpft, so können sie auch nur in ihrer Coexistenz und nicht einzeln als Voraussetzungen zu jenen Schlußfolgen betrachtet, und also auch nur jede Verheimlichung einzeln, wenn sie als solche vorkommt, nach ihrer eigenthümlichen Qualität und nach ihrer speciellen Beziehung

zu dem vorliegenden Fall, gewürdigt werden. Daher kann jedes einzelne Requisit der Verheimlichungen weder allein als ein Beweis des dolosen Kindermordes, noch an sich als ein Verbrechen betrachtet werden, sondern bietet es nur einestheils durch seine eigenthümliche Beziehung zu dem gegebenen Fall, wie hier die Verheimlichung der Niederkunft, einen schwächern oder dringenderen Verdacht, und kann anderntheils an sich nur strafbar werden, sofern es gegen die polizeiliche Ordnung, durch eigenthätiges Verscharren eines menschlichen Leichnams an ungeweihter Stätte, verstößt. 4)

Zur Erledigung der Frage, was in vorliegendem Falle der Magdalena zu imputiren sei, konnte sich die Antwort nur darauf beschränken, daß, aus der verheimlichten Niederkunft, unter den speciellen Umständen, wo Furcht vor Schande nicht das alleinige Motiv hierzu gewesen, der Verdacht wider sie, die tödtliche Verletzung an dem Kopfe des Kindes dolose veranlaßt zu haben, als begründet bis dahin bestehen bleiben müsse, als fernere Beweise für die Schuld oder für die Unschuld derselben aufgefunden werden sollten, und daher sie bis zum Eintritte dieser Beweise ab instantia zu absolviren und unter gutspolizeilicher Aufsicht zu halten, für das heimliche Verscharren des Kindesleichnams aber mit

4) Mit dieser Ansicht stimmen überein: J. C. Woltaer: de iure poenarum graviditatis celatae et parturitionis clandest. dubio. Halae 1800. Bartz: über die Strafbarkeit verbr. Schwangerschaft und Geburt, im Archiv Bd. VI. 2. № 4.

arbitrairer polizeilicher Züchtigung anzusehen gewesen sein würde.

Zur Abfassung dieser Entscheidung war das Gericht bereit, als Magdalena eines Abends dringend um ein Verhör bitten ließ, welches ihr sogleich gestattet wurde. Auf die an sie gerichtete Frage, was sie dem Richter vorzubringen habe, war dieselbe in sichtbarer Verzweiflung auf die Knie gefallen, und hatte unter Händeringen und Schluchzen gerufen:

„Ich habe immer gesagt, ich sei eine große Sün„derin, aber dem Richter immer zu verheimlichen „gesucht, wodurch ich dies bin; es läßt mir keinen „Augenblick mehr Ruhe, wenn ich allein in meinem „Gefängnisse bin, immer quält mich die verheim„lichte Schuld, ich muß sie gestehen, vielleicht ist „mir Gott dann gnädiger gesinnt."

Qust. Man müsse sie also ermahnen, durch ein wahrhaftes Geständniß sich selbst die Gewissensangst zu erleichtern?

Resp. (noch immer auf den Knieen.) Ich habe mein Kind ermordet!

Nachdem sie diese wenigen Worte ausgestoßen gehabt, war sie ohnmächtig zusammengefallen. Durch geeignete Mittel hatte man sie ermuntert, ihr einen Stuhl gereicht, und fragte sie nunmehr, nach Verlauf einiger Zeit:

Qust. Ob sie sich schon so weit gefaßt und erholt habe, ihr Geständniß fortzusetzen?

Resp. (weinend). Ja, ich habe mit eigener Hand mein armes Kind ums Leben gebracht.

Digitized by Google

Man forderte nunmehr die Bekennende auf, die Art, wie sie dies gethan, umständlich anzugeben, und dieselbe erzählte nun unter fortwährendem Jammern: daß, als sie das Kind in der beschriebenen Art stehend geboren gehabt, und sie aus der Ohnmacht erwacht, sie durch die erlittenen Qualen, und den mit diesen in so grellem Widerspruch stehenden lauten Jubel bei dem Hochzeitsgelage so sehr in Wuth und Verzweiflung gerathen, daß sie aus dem Bette gesprungen, das auf der Diele, in schon beschriebener Art ruhig liegende Kind von hinten um den Hals gefaßt und denselben dermaßen zusammengedrückt, um das Kind zu erwürgen, daß sie unter ihren beiden Fingern, die vorn auf dem Halse des Kindes zusammengetroffen, ein gewisses Knirschen, wie von einem Bruch oder Quetschung, gefühlt. In dieser Art habe sie ihr Kind auf das Bett gelegt und dort todt liegen lassen, bis sie indessen die Blutspuren vertilgt; denn nunmehr habe sie den Entschluß gefaßt, die ganze Sache zu verheimlichen, weil sie wohl vorausgesehen, daß man dem Leichnam gleich ansehen werde, daß sie ihn erwürgt habe. Man befragte sie nun weiter:

Qust. Ob das Kind geschrieen, als sie es am Halse vom Boden aufgehoben?

Resp. Nein.

Qust. Welche Bewegungen das Kind gemacht, als sie demselben auf die beschriebene Art den Hals gewürgt?

Rsp. Das Kind lag auf dem Gesichte zu Boden, und als ich es am Halse in die Höhe gehoben, hingen

Arme und Beine desselben schlaff herab, so habe ich es einige Zeit gehalten, ohne daß das Kind nur ein Glied gerührt hat, wozu es auch wohl zu klein und schwach war.

Qust. Ob dem Kinde etwa die Augen oder die Zunge ausgetreten, als sie es gewürgt?

Rsp. Nein, dazu hatte ich wohl die Kehle zu fest zusammengepreßt; — nur der Mund war ein wenig aufgegangen, nachher war er wieder geschlossen.

Qust. Ob sie beim Zusammendrücken der Kehle etwa ein Röcheln darin unter ihren Fingern gehört?

Rsp. Das konnte wohl auch nicht sein, weil ich die Kehle so sehr zusammengedrückt hatte, daß es vorn unterm Druck meiner Finger solches Geräusch machte, als ob man trockne Blätter zerdrückt.

Qust. Sie möge in ihrem Geständnisse fortfahren.

Rsp. Ich habe früher nur meine entsetzliche That verheimlicht, sonst hat sich Alles so begeben, wie ich bereits zu den Acten ausgesagt.

Qust. Wie denn nun der Schädelbruch an dem Kinde entstanden sei?

Rsp. Davon weiß ich bei Gott nichts, hätte ich daran Schuld, so würde ich es frei eingestehen, wie ich jetzt ohne Rückhalt eingestehe, daß ich mein Kind in der beschriebenen Art um das Leben gebracht habe.

Qust. Wodurch sie das wisse?

Rsp. Es ist doch unmöglich, daß ein kleines Kind noch leben kann, wenn ihm der Hals so zugewürgt

Digitized by Google

wird, als ich es an meinem Kinde gethan — und es hat doch auch nachher nicht mehr gelebt.

Quaest. Welche Zeichen des Lebens das Kind während des Würgens blicken lassen?

Rsp. Das kann ich nicht sagen, aber es hat gewiß gelebt, da ich beim Gebären, als das Kind von mir fiel, deutlich bemerkt habe, daß seine Glieder sich bewegten.

Inquisitin wurde ferner ermahnt, einzugestehen, ob sie etwa den Schädelbruch an dem Kinde herbeigeführt, aber sie stellte jede desfalsige Verschuldung beharrlich in Abrede, betheuerte, daß sie eine solche gewiß eingestehen würde, wie sie, zur Erleichterung ihres eigenen Gewissens, nunmehr den verübten Mord eingestanden habe, an dem hauptsächlich der Andrees K. die Schuld trage, und schilderte, auf die Frage: woher denn dieser? mit Theilnahme erregendem Jammer, ihre Gemüthsstimmung, und die Qualen, welche sie durch Eifersucht und durch das von Andrees K. gegen sie geübte Unrecht, verbunden mit Spott und Hohn, erduldet, und wie sehr diese Gefühle in dem Augenblicke wirken müssen, als sie, durch seine Verführung, noch die entsetzlichen körperlichen Leiden ertragen.

Es verbreitete sich nunmehr das Verhör über den Umstand, ob etwa Magdalena schon früher die Absicht zu dem eingestandenen Morde gefaßt gehabt? Das Resultat aber ergab, daß er im augenblicklichen höchsten Affect, den Eifersucht, körperliches Leiden und überhaupt

die ganze Situation erzeugt gehabt, beschlossen und vollbracht war.

Hierdurch lag nun dem Richter das Geständniß eines Mordes vor, welches, in Rücksicht der Form der Ausübung, durch die bisherige Untersuchung nirgends unterstützt, ja, soweit die Acten hierüber durch den ärztlichen Befundschein Ausweise gaben, sogar widerlegt zu werden schien.

Denn, nach ausdrücklichem und wiederholtem Inhalte des Befundscheins, war äußerlich weder auf der Brust, noch dem Halse oder dem Rücken und Bauche der Kinderleiche, auch nur das geringste Abzeichen bemerkt worden. Die Lungen waren im normalen, blaßrothen Zustande, und keine der drei großen Körperhöhlen boten, gleich dem Aeußern des Leichnams, irgend welche Symptome der Suffocation dar.

Hier trat also nun der von Schriftstellern so häufig beurtheilte Fall ein, wo das Geständniß, zur Zeit ohne Unterstützung durch äußere Umstände oder durch das corpus delicti, vorlag. Der Werth eines solchen bedurfte aber der Würdigung nach den Grundsätzen sowohl des gemeinen Rechts, als des einheimischen Provincialrechts. Muß man nun für gewiß annehmen, daß das Geständniß, dem Willen des Bekennenden entgegen, nicht weiter ausgedehnt werden darf, als es abgelegt worden, und daß daher in casu nicht etwa durch das Geständniß des Mordes auch als erwiesen angenommen werden muß, derselbe sei durch Zufügung jener oft bemerkten großen Verletzung des Schädels verübt, während die Be-

kennende, auf ergangene Frage, diesem ausdrücklich widerspricht, und hat man in der vorhergehenden Prüfung der Aussagen Magdalenens über die Geburt ihres Kindes und die angegebene Art derselben, in Beziehung auf jenen Schädelbruch, das Resultat gewonnen, daß das solchergestalt von ihr Deponirte wahrscheinlich sei; so muß man — ungeachtet des durch die nachfolgende Verheimlichung der Geburt unter Umständen, wie hier, allerdings bestehenden Verdachts wider sie rücksichts böslicher Tödtung ihres Kindes — dennoch einräumen, daß zur Zeit, durch das Geständniß, kein Beweis der dolosen Tödtung des Kindes durch Magdalena vermittelst des als alleinige Todesursache befundenen Schädelbruchs erwirkt ist, sofern noch immer die Möglichkeit vorhanden, daß Inquisitin bei ihrem Bekenntnisse im Irrthume war. Stübel [5]) spricht sich über die Möglichkeiten gegen die Feststellung des juridischen Beweises dahin aus:

„Es kommt bei unseren Urtheilen und Entschei-
„dungen also nicht darauf an, ob sich etwas noch
„als möglich denken lasse, sondern darauf, ob et-
„was als wirklich angenommen werden könne."

Wenngleich wir dem gelehrten Verfasser hierin beistimmen, so können doch diese Principien auf den vorliegenden Fall nicht Anwendung finden, da hier nicht von der Möglichkeit des Andersseins gegen ein rechtserforderliches Geständniß die Rede ist, was Stübel vorausseßt,

5) Ueber den Thatbestand der Verbrechen § 169.

sondern es sich hier darum handelte: ob eben das vorliegende Geständniß seine Rechtsgenüglichkeit durch das, was ex actis über die Todesursache des Kindes constiret, erhielt oder nicht.

Der Artikel 54 der P. G. O. verordnet:

„Item so obgemelt Fragstück auff Bekant„nuß, die auß oder on Marter geschicht gebraucht „worden, So soll alsdann der Richter an die „end schicken vnd nach den vmbstenden, so der ge„fragt, der bekanten Missethat halber erzelt hat, „sovil zu gewißheyt der Wahrheyt dienstlich, mit „allem Fleiß fragen lassen, ob die Bekantnuß der „obberürten vmbstende war sein oder nit ꝛc. „vnd sich dieselben vmbstende also erfinden, so ist „darauß wol zu merken, daß der gefragt die be„kante Missethat gethon hat, sonderlich so er „solch vmbstende sagt, die sich inn der Geschicht „haben begeben, die keyn vnschuldiger wis„sen kan."

Der 60ste Artikel dieses Gesetzbuches bekräftigt den citirten Artikel nochmals.

Desgleichen verordnet das in Livland geltende Provincialrecht und zwar des Königlich Schwedischen Land-Lags Nota *) S. 471.

„Heutiges Tages ist also die bloße Bekenntniß „nicht allein genug, sondern es muß auch von „dem corpore delicti eigentliche Gewißheit, son„derlich in Capital- und Lebenssachen vorhanden „sein, denn es kann wohl geschehen, daß Jemand

„aus Ueberdruß zu leben, oder eine andere Urſa-
„che halber, eine Miſſethat erſinnt und auf ſich
„bekennet, daran er doch unſchuldig iſt.“

Ein unwahres Bekenntniß, d. h. ein gegen beſſere Ueberzeugung abgelegtes, kann in vorliegendem Falle von Magdalena nicht vermuthet werden, ſofern ſie hierzu nur gebraucht hätte, ſich als doloſe Veranlaſſung zu jener großen Kopfverletzung an dem Leichnam zu bekennen; dieſem hat ſie aber unabweichlich widerſprochen, woraus allerdings zu entnehmen, daß es ihr mit dem Geſtändniſſe völlig ernſt iſt; aber es liegt wenigſtens ein Bekenntniß vor, das, wie jedes andere, nach Anleitung geſetzlicher Vorſchriften, der Bewahrheitung bedurfte.

Das Geſtändniß allein kann alſo, nach Inhalt der allegirten Geſetze, nicht als hinlänglicher Beweis zur Imputation eines Halsverbrechens betrachtet, und hierauf ein Straferkenntniß baſirt werden; ſondern es iſt erforderlich, daß der Bekennende die Umſtände, unter welchen er ſein Verbrechen vollbracht haben will, angebe, damit der Richter unterſuchen könne, ob dieſe wirklich exiſtirt haben, oder mit anderen wahrbefundenen Thatſachen nothwendig übereinſtimmen, zumal wenn jene Umſtände von ſolcher Natur ſind, daß ſie dem Bekennenden allein nur bekannt ſein konnten, und daher erſt ihre erwieſene Exiſtenz das Geſtändniß bewahrheitet.

Es iſt zwar außer Zweifel, daß die Eruirung dieſer Thatumſtände nicht an ſich einen vollgültigen Beweis gegen den Bekennenden zu liefern brauche, und ſolchergeſtalt neben dem Geſtändniſſe noch ein ſelbſtſtändiger Be-

weis der Schuld existiren müsse — confessus muß nicht auch convictus sein; aber die Feststellung dieser Thatumstände soll den Richter überzeugen, daß das Geständniß wahr sei, — und stimmt diese Ansicht nicht nur mit den Vorschriften der allegirten Gesetze überein, sondern es theilen solche auch die vorzüglichsten Strafrechtslehrer[6]).

Die Prüfung, inwiefern Thatumstände, welche Magdalena als Begleiter ihres Verbrechens aufgeführt hat, oder die sonst ausgemittelt worden und mit demselben in Einklang stehen, das vorliegende Bekenntniß bewahrheiten, führt auf das Resultat, daß nach Ausweisung der Untersuchungs-Acten, außer dem Verdacht, welcher in der Verheimlichung der Niederkunft beruht, als einziges Beweismittel über das, was geschehen, der ärztliche Befundschein vorhanden ist, und in diesem ist, als einzige Abnormität an dem Kindesleichnam der oftberegte Schädelbruch, und zwar als Todesursache, aufgemerkt.

Man muß sich aber eingestehen, daß diese Kopfverletzung an sich den Thatbestand der dolosen Tödtung nicht feststellt, um so weniger, als die Wahrscheinlichkeit bereits entwickelt worden, wie sie, in der von Magdalena angegebenen Art wirklich erfolgt sein kann, und insofern als ein Umstand erscheint, der Niemand einer do-

---

6) Soden, Geist der Deutschen Criminalgesetze. Mittermaier, die Lehre vom Beweise im Deutschen Strafprocesse § 154. Tittmann, über Geständniß und Widerruf § 3. Abegg, Lehrbuch des Criminalprocesses § 107 fgg. Feuerbach, actenmäßige Darstellung ꝛc., zweiter Theil. № IX.

losen Handlung beschuldigt, sonder nur die Hülflosigkeit bezeichnet, in welcher sich die Gebärende befunden. — Wenn nun gleich in Fällen dieser Art der zur Zeit mangelhafte Thatbestand durch das nachfolgende Geständniß ergänzt werden kann; so tritt doch für den vorliegenden Fall die Ergänzung des Thatbestandes durch das Bekenntniß, und zugleich die Liquidität des letzteren, wegen Uebereinstimmung mit dem solchergestalt festgestellten Thatbestande, nicht ein. — Denn Inquisitin leugnet unabweichlich jede dolose Beziehung zwischen ihr und jener Todesursache, es bleibt also diese ohne gegenseitig ergänzende Beziehung zu dem Geständnisse, und letzteres nur durch die Verheimlichung der Niederkunft, als Verdacht doloser Handlungen, unterstützt.

Dieser Verdacht schließt jedoch den Irrthum, in welchem Inquisitin wegen des Effects ihrer dolosen Handlung sich befinden konnte, nicht aus. Denn würde sich ergeben, daß Magdalenens Geständniß, rücksichts der von ihr angegebenen Art der Ermordung des Kindes, durch Umstände bescheinigt würde, welche dem Bekenntnisse erst volle Beweiskraft geben, so ist eben so folgerecht, daß dieses Geständniß zwar an sich wahr sein könnte, aber mit der in casu ausgemittelten Todesursache des Kindes in offenbaren Widerspruch treten, mithin Magdalena in Rücksicht des Effects ihrer mörderischen Handlung im Irrthum begriffen sein müßte. — Alles kam also in der nun vorzunehmenden Untersuchung darauf an: nachzuforschen, ob sich dergleichen, das Geständniß bewahrheitende Umstände ermitteln ließen, und

je mehr diese von so specieller Art waren, daß sie nur der Inquisitin bekannt sein konnten, um so gewichtiger mußten sie das Geständniß, als wahr niedergelegt, legitimiren. — Als einziger solcher specieller Umstand hob sich aus der Erzählung der Magdalena über ihre mörderische Handlung an ihrem Kinde, das Knirschen in dem Halse des Kindes unter ihren würgenden Fingern hervor. Man veranlaßte daher eine nochmalige Ausgrabung des Leichnams, und, ungeachtet der bedeutend vorgeschrittenen Verwesung, unternahm dennoch der örtliche Arzt die Untersuchung des Halses, der am wenigsten noch von Fäulniß afficirt war. Diese nochmalige ärztliche Untersuchung hatte das Resultat, daß man die knorpeligen Bestandtheile des Kehlkopfs mit angethaner Gewalt zerknickt, zusammengequetscht und völlig zerstört fand. Zugleich stellte der Arzt, nachdem, was wegen Entstehung des Schädelbruchs ex actis constiret, erwogen und das Local nochmals inspicirt war, sein Gutachten dahin:

„daß in Berücksichtigung der Höhe des Standpunkts,
„von wo das Kind zur Erde geschossen, und wegen
„der Unebenheit des Bodens vor dem Bette, auch
„des vor demselben liegenden eckigen Balkens, hohe
„Wahrscheinlichkeit dafür spreche, daß die Verletzung
„durch Auffallen des Kindskopfes auf diese Gegenstände entstanden sei."

Nunmehr hatte man aus dem Resultat dieser Obduction einen Beleg zu der Wahrheit des von Magdalena niedergelegten Geständnisses. Die mörderische Handlung

derſelben, welche ihr Bekenntniß referirt, war durch den Umſtand, daß man in dem Halſe des Leichnams wirklich die Erſcheinungen vorgefunden, welche ſie veranlaßt zu haben angedeutet, und die nur ihr bekannt ſein konnten, erwieſen, ſofern das von ihr angegebene Knirſchen unter ihren würgenden Fingern nichts anders ſein konnte, als das Zerknicken und Zerquetſchen des Kehlkopfes, der übrigens gleichfalls eine abſolut lethale Verletzung involvirt.

Zur näheren Beſtimmung des durch dieſe Entdekkung herbeigeführten Status der Sache, bedarf es eines kurzen Reſumé der ſich aus den Acten ergebenden Beziehungen auf die criminelle Natur des vorliegenden Falls und deſſen Verbindung mit der Inquiſitin.

Es befindet ſich:

1) an dem Kopf des Leichnams und zwar an der Stirn deſſelben, beſonders der linken Seite, Zerſchmetterung des Stirnbeins, des Augenbogens und des Schlafbeins dermaßen, daß mehrere Stücke des Schädels in das Gehirn hineingedrückt, und daſſelbe durch dieſe, wie durch Blutextravaſate, auf den angegebenen Stellen völlig zerſtört erſcheint. Die Aerzte erklären dieſe Verletzung als abſolut lethal, und, in vorliegendem Falle, als unzweifelhafte Todesurſache, geben auch die Wahrſcheinlichkeit zu, daß dieſelbe beim Stehendgebären der Inquiſitin, und dem damit verbundenen Fall des Kindes aus der Höhe von faſt 3 Fuß, entſtanden ſein könne, zumal der Fußboden auf der Stelle, wo, der Blutſpur nach, das Kind hingefallen, durch hervor-

ragende Unebenheiten dazu geeignet sei, dergleichen Erscheinungen zu hinterlassen.

2) An dem Leichnam hat man äußerlich und namentlich weder an dem Halse, noch der Brust oder dem Rücken irgend einen Fleck oder Spur von Abnormität gefunden.

3) In der Brusthöhle waren die Lungen und übrigen Organe in vollkommen normalem Zustande; die Lungen, von blaßrother Farbe, haben nach angestellter Probe geathmet, mithin das Kind ex utero gelebt. Weder in dieser Höhle noch in der Bauchhöhle findet sich irgend eine Spur der Suffocation.

4) Magdalena hat eingestanden, daß, als sie nach der Stehend-Geburt ihres Kindes aus einer Ohnmacht erwacht, die etwa eine Stunde gedauert, sie sich vom Bette aufgerafft, das auf dem Gesicht vor dem Bette zu Boden liegende Kind davon aufgehoben und den Hals desselben dermaßen von hinten nach vorn mit ihrer Hand zugewürgt, daß sie das Kind solchergestalt frei in der Luft hängend erhalten, der Körper aber gar keine Bewegung gemacht, auch sie kein Röcheln des Kindes vernommen, wohl aber in der Stelle des Kehlkopfs, unter ihren auf diesem zusammentreffenden Fingern während des Würgens, ein gewisses Knirschen oder Brechen wahrgenommen, und sich während dessen, wie überhaupt im Gesichte, gar keine andere Veränderung gezeigt, als daß beim Zusammenpressen des Halses der Mund ein wenig aufgegangen, später aber sich wieder geschlossen habe.

Digitized by Google

5) Aus der nunmehr folgenden zweiten Obduction und Beſichtigung des Halſes an dem Leichnam hat ſich eine Zerquetſchung und Zerſtörung des Kehlkopfes ergeben, und dieſe Erſcheinung correſpondirt mit der von Magdalena vorher angegebenen mörderiſchen Behandlung des Körpers vollkommen. Endlich

6) iſt feſtgeſtellt, daß Magdalena ihre Niederkunft und den Körper ihres Kindes verheimlicht, hierzu aber nicht das gewöhnliche Motiv dieſer Verheimlichungen, Furcht vor Schande, gewirkt, ſondern daß ihrem Geſtändniſſe nach ſie gefürchtet, man werde an dem Kinde ſogleich entdecken, wie ſie es durch Erwürgen ums Leben gebracht.

Stellt man nun dieſe Ergebniſſe der Unterſuchung zuſammen, ſo folgt hieraus: daß Magdalena ein mit dem Befund an dem Leichnam vollkommen übereinſtimmendes Bekenntniß wegen des Acts des Erwürgens ihres Kindes abgelegt, und daß dieſes Geſtändniß noch durch den in der verheimlichten Niederkunft liegenden Verdacht, und das von ihr ſelbſtgeſtändige Motiv hierzu, dermaßen unterſtützt und beſcheinigt wird, wie der Art. 54 der P. G. O. und Nota * Seite 471 des Landlag ein zur Convincirung competentes Geſtändniß beſcheinigt verlangen; erwägt man ferner, daß mit dieſem Bekenntniſſe der Schuld die an dem Leichnam gefundene große Kopfverletzung völlig außer Conner iſt, daß Inquiſitin deren Entſtehung erklärt, wie ſie, ſowohl aus dem allgemeinen Befund, als auch nach der Meinung des Arz-

Digitized by Google

tes, als wahrscheinlich angenommen werden muß, und darf man der Magdalena eine Schuld an dieser Kopfverletzung um so weniger imputiren, als, ihrer Ableugnung gegenüber, einestheils hierzu keine haltbaren Gründe sich vorfinden, anderntheils aber dieselbe einen Mord in anderer Form vollbracht eingestanden, und daher eben so wenig ein Grund ersichtlich, warum Inquisitin eine Verschuldung ableugnen sollte, während sie, ihrer Ueberzeugung nach, ein Halsverbrechen bereits eingestanden: so muß sich aus allem dem ergeben, daß der Magdalena nur das von ihr eingestandene Verbrechen zu imputiren, die Entstehung des Schädelbruchs an dem Leichnam auf sich beruhen zu lassen, bis etwa zur Imputation auch dieser Verschuldung wider die Magdalena sich ferner bessere Beweise ergeben sollten.

Wenn man aber hiernach fragen muß, welcher Beurtheilung in strafrechtlicher Hinsicht das zu unterwerfen sei, was aus ihrem Geständnisse der Magdalena zur Last liegt und derselben imputirt werden müssen, so hängt die Beantwortung dieser Frage lediglich von der Priorität des Effects beider an dem Leichnam entdeckten absolut lethalen Verletzungen, nämlich der am Kopfe und an dem Kehlkopfe, ab. Hierüber die Gerichtsärzte zu Rathe gezogen, haben dieselben ihr Gutachten dahin gestellt:

„Daß der Tod des Kindes, nach Empfang der gro„ßen Verletzung an dessen Kopfe, sogleich erfolgt, da„her denn die Verletzung an dem Kehlkopf allererst „nach dem Absterben des Kindes zugefügt sein müsse,

„da dieſe Verletzung den Erſtickungstod nach ſich ge„zogen haben würde, der unzweideutige Zeichen hin„laſſen hätte, weder aber äußerlich noch innerlich an „dem Leichnam irgend ein Zeichen der Suffocation „zu entdecken geweſen, ja ſogar der blaßrothe Zuſtand „der Lungen letzterer widerſpreche.

Es könnten nunmehr noch über die Zurechnung und den Gegenſtand derſelben Zweifel aufſteigen, man könnte einwenden, daß Magdalena jene Halsverletzung, nachdem ſie das Kind durch die Beſchädigung des Kopfes getödtet, an demſelben vorgenommen, um nachher dieſe als Todesurſache einzugeſtehn, und dennoch nicht als Mörderin des Kindes erkannt zu werden, — wenigſtens iſt bei dem Votiren des Straf-Erkenntniſſes wirklich dieſe Anſicht geltend gemacht, und beabſichtigt worden, Geſtändniß und Todes-Urſache zu combiniren. Hiergegen iſt aber erwogen:

1) daß nirgends die Nothwendigkeit erſichtlich, warum überhaupt Magdalena ihr Verbrechen eingeſtehen müſſen, als einzig in dem Drang des ſchuldbelaſteten Gewiſſens. Sollte dieſes nun entlaſtet werden durch Geſtändniß der Schuld, ſo iſt es doch klar, daß es bloßer Selbſtbetrug und gegen den Zweck gehandelt geweſen wäre, wenn die Bekennende ſich durch eine Handlung ſollte eines Mordes anklagen wollen, von welcher ſie voraus gewußt, daß ihr dieſe nicht als Mord zugerechnet werden würde, und daß ſie alſo, in dem fortbeſtehenden Bewußtſein der verheimlichten Blutſchuld, dennoch ſollte

Digitized by Google

ihre Gewissensqual erleichtert glauben, welche allein sie zum Eingeständniß geführt.

2) Daß das von Inquisitin Eingestandene als ein Act betrachtet werden muß, der unverkennbare Zeichen der Leidenschaft und des höchsten Affects an sich trägt, da jede Verbindung dieser Handlung mit ihrer frühern Ergebung in ihr Schicksal offenbar mangelt, auch die Verheimlichung ihrer Niederkunft, bei früherem Eingeständnisse ihrer Schwangerschaft, eine Gemüths- und Geistesbefangenheit beurkundet, welcher unmöglich eine so feine, wenn gleich sophistische, Combination zugetraut werden kann, wie jene Hypothese voraussetzt. — Außerdem hat Magdalena von dem Ortsprediger, ihrer Dienstherrschaft, von ihren Dienstgenossen, ja sogar von ihrem Verführer, das einstimmige Zeugniß eines bisher exemplarisch sittsamen und frommen Lebenswandels. Ein solches Gemüth kann nicht, man möchte sagen, durch einen Zauberschlag, in ein raffinirt böses, umgestaltet werden.

Ein Mensch, der seine Lebenszeit hindurch alle seine Handlungen den Anforderungen der Moral und Religion conformirt hatte, dem diese Handlungsweise, als reine Ausflüsse seines wirklich sittlichen und tugendhaften Werths angerechnet werden müssen, der kann zwar, durch den Zusammenstoß der stechendsten Reizungen der Leidenschaft und des Affects, in diesem zu Handlungen gebracht werden, welche allen Anforderungen der Tugend und dem ganzen frühern Lebenswandel dieses Menschen widersprechen; diese sind aber niemals als Erzeugnisse

Digitized by Google

des normalen Seelenzustandes, sondern nur als die Ausbrüche einer augenblicklichen Abnormität desselben zu betrachten. — Ein jedes menschliche Gemüth, auch das gedlegendste, man möchte keine Ausnahme gestatten, kann den Ausbrüchen der Leidenschaft und des Affects unterliegen, es folgt aus der überhaupt gebrechlichen Natur des Menschen, und nur die Steigerungen der Reizmittel, welche erforderlich waren, jenen abnormen Zustand des Gemüths hervorzubringen, den Affect zu excitiren, geben den Maaßstab zur Würdigung desselben.

Wäre es also nicht völlig unrichtig, wenn man nur nach der äußern Form einer Handlung den Werth oder Unwerth eines Menschen bestimmen wollte, ohne Untersuchung seines bisherigen sittlichen Werths, und der Beweggründe zu der vorliegenden Abschweifung; — wäre es nicht ein falsches Urtheil, wollte man einen Menschen, der sein Lebelang nach allen Symptomen, welche menschliche Urtheile motiviren können, ein guter Mensch war und geheißen wurde, plötzlich, weil er im Affect eine Handlung, ein Verbrechen verübt, einen Bösewicht nennen, und dabei beharren, auch wenn er selbst das Unrecht seiner Handlung reuig eingesteht, sich deren ohne Nothwendigkeit selbst anklagt, in diesem Bekenntnisse aber den Sieg des Guten über das Böse selbst ausspricht, und gleichsam aus der augenblicklichen Verirrung zum bisherigen Stande seines Werths zurückzutreten strebt, — wenigstens den Satz ins Leben stellt, daß ein Verbrecher wohl strafbar sein kann, deshalb aber nicht nothwendig auch ein Bösewicht ist.

Digitized by Google

Weit entfernt zu behaupten, daß ein solcher abnormer Zustand eines bis dahin tugendhaften Menschen, und die in diesem verübten gesetzwidrigen Handlungen ohne strafrechtliche Folgen bleiben müßten, steht nur die Ansicht fest, daß diese Folgen zu limitiren, sowohl der bisherige sittliche Werth des handelnden Subjects, als auch die Summe der Reizmittel, welche erforderlich waren, ihn zu suspendiren, considerirt werden und das Conclusum motiviren müsse.

Von dieser Abschweifung zu dem Resultate zurückgekehrt, daß weder der bisherige moralische Werth der Magdalena, noch auch der Standpunkt ihrer geistigen Fähigkeiten, noch insbesondere die augenblickliche Situation derselben, die Annahme rechtfertigen könne, welche in jener Voraussetzung, von der Vorbereitung zu einem Geständnisse, enthalten, liegt endlich

3) einmal das Geständniß der Magdalena, und zwar als einziges Beweismittel ihrer Schuld, vor, und da dasselbe nicht weiter ausgedehnt werden darf, als sie es unabweichlich niedergelegt, so darf auch nur der Inhalt desselben, nämlich der eingeständige Act des Erwürgens ihres Kindes, Gegenstand zur Beurtheilung in straflicher Hinsicht werden. — Hierbei kommt freilich die so häufig besprochene Frage: „was ein Verbrechen sei," wieder zur Sprache, und wird die Beantwortung derselben auch die Bestimmung dessen in sich fassen, was Magdalena an ihrem Kinde verübt gehabt. Es liegt zwar außer der Bestimmung dieser Abhandlung, besondere Untersuchungen über Rechtstheorieen anzustellen,

Digitized by Google

indessen, soweit sie sich auf die Erörterung der vorliegenden Rechtsfrage erstrecken, entsprechen sie allerdings dem vorgesetzten Zweck, und dürften die engeren Grenzen derselben sich nur in der Prüfung der von Rechtslehrern ausgesprochenen Principien hierüber und Anwendung des aus dieser gewonnenen Resultats, in concreto, finden lassen.

Feuerbach [7]) nennt das Verbrechen: Eine unter einem Strafgesetze enthaltene Beleidigung, Rechtsverletzung, Läsion, oder eine, durch ein Strafgesetz bedrohte, dem Rechte Anderer widerstrebende Handlung. Dagegen ist Martin [8]) der Ansicht: das Verbrechen sei eine solche Verletzung einer Zwangspflicht, welche ein Recht zu ihrer Bestrafung begründe.

Diese Verschiedenheit der Ansichten oder Aussprüche ist nur scheinbar, beide Rechtsgelehrte sprechen denselben Begriff mit verschiedenen Worten aus.

Rechte und Pflichten, Institute des socialen Lebens, sind nur in ihrer Coexistenz denkbar. — Die Existenz des Einen, ist die Bedingung zur Existenz des Anderen; sollen dem Einen Rechte erwachsen, so muß dem Andern die Zwangspflicht aufliegen, von seiner natürlichen Freiheit so viel abzustehen und vice versa. — So wenigstens dürfte man sich die erste Entstehung der Verträge erklären. Das Bedürfniß nach Sicherheit des Besitzes,

7) Lehrbuch des peinlichen Rechts § 21 und 23.
8) Lehrbuch des Criminalrechts § 67.

Digitized by Google

führte unter den Menschen, auch im Naturzustande, Festsetzungen zu gegenseitiger Anerkennung und Achtung des Besitzes herbei, und dieser so gesicherte Besitz war das reciproke Recht auf die Pflicht des Anderen, von seiner natürlichen Freiheit — den Besitz gefährden zu können — abzustehen. Eine solche Uebereinkunft führt aber ein Princip ein, das man nur mit dem Namen: Gesetz, benennen kann, welches auf solche Weise der Urquell alles Rechts ist, sofern man Eigenthum in der weitesten Ausdehnung und Sicherheit des Besitzes für synonyme Begriffe mit Recht nehmen muß. Der Englische Rechtsphilosoph Jeremias Bentham [9]) spricht dieses Princip bildlich aus:

„Le sauvage, qui a caché une proie, peut „espérer de la garder pour lui seul, tant quel „sa grotte n'est pas découverte, tout qu'il veil„le pour la defendre ou qu'il est plus fort „que ses rivaux; mais voila tout. Combien „cette manière de posséder est misérable et pré„caire! Supposez la moindre convention entre „les sauvages pour respecter reciproquement „leur butin, voila l'introduction d'un principe, „auquel vous ne pouvez donner que le nom „de loi."

Betrachtet man nun aber das Gesetz, als Quell alles Rechts, in der oben bezeichneten Bedeutung, so folgt hieraus auch, da Recht Sicherheit des Besitzes ist, —

9) Traités de legislation civile et pénale P. I. pag. 64.

daß das Gesetz auch der Quell alles Schutzes für das Recht sein muß. Da aber die Reciprocität in Anerkennung des Besitzes und dessen Unverletzlichkeit insofern allein nicht genügen konnte, als die Aufrechthaltung in der Willkür lag, mußte das mit dem Fortschreiten des socialen Lebens eintretende Bedürfniß nach Garantieen der Lustempfindung zur Uebertretung des Vertrags ein gleichgewichtiges Uebel entgegen stellen, das man Strafe nannte.

Ist also, nach der angeführten Theorie, welche Feuerbach und Martin, unter vielen anderen gelehrten Männern des Rechts, aus obigen Principien abgeleitet haben, die Erhaltung der Rechte überhaupt Zweck der Gesetze, insbesondere der Strafgesetze, und sind alle gegen die Integrität dieser Rechte gerichtete Handlungen Gegenstand ihrer schützenden Drohungen, — so ist folgerecht, daß nur die Existenz des Rechts, d. h. des zu sichernden Besitzes, einer auf diesen bezüglichen Handlung, den Character geben, und also das gegen letztere bestehende Strafgesetz tangiren und verletzen kann oder nicht, — oder: nur eine gegen den gesicherten Besitz gerichtete Handlung kann ein Strafgesetz in Wirksamkeit bringen. Wenn daher sichergestellt wäre, daß in concreto kein Besitz, also kein Recht auf Unterlassung einer denselben gefährdenden Handlung existirte, so dürfte auch die gegen solche nur bestehende Drohung des Strafgesetzes nicht in Anwendung kommen.

Dies ist der Fall der dolosen Handlung der Magdalena. — Sie hat zwar Alles gethan, was subjectiv

ihrer Handlung den Character des Mordes geben kann, indessen, da der Zweck derselben, Vernichtung des Rechts auf Leben in ihrem Kinde, nicht erreicht werden können, weil eben ihr Kind zur Zeit dieser Handlung nicht mehr im Besitze des Lebens, sondern schon todt war, so ist es klar, daß gegen die dolose Handlung der Magdalena, die gegen die Tödtung gerichteten Drohungen des Strafgesetzes nicht in Anwendung kommen durften, und dieselbe nur insofern strafrechtlicher Beurtheilung unterliegen konnte, als auch das unternommene Verbrechen, d. h. der schon in That übergegangene böse Wille, auch wenn er nicht den Zweck erreicht, bedroht ist, denn er hat sich dem Staatszweck: „Sicherung," factisch entgegengestellt.

Aus allen diesen Erörterungen resultirt nun, daß zwar kein Mord vorhanden, dennoch aber schon factisch ausgebrochener böser Wille zum Morde vorlag, und daß, bei Bestimmung der Imputabilität und Größe der Strafbarkeit zu Anwendung der Strafgesetze, es hier auch der Erörterung bedurfte, ob etwa Mitigantien bei dieser Anwendung der Strafgesetze vorhanden, und zu berücksichtigen seien oder nicht, über welche besondere Bestimmungen getroffen werden müßten.

Sowohl nach gemeinem Rechte, als auch nach dem einheimischen Rechte, war das Verschulden der Magdalena als ein Conatus eines Mordes, und zwar als ein conatus proximus, insofern zu betrachten, als die Erreichung des vorgesetzten verbrecherischen Zwecks nicht durch eigenes Abstehen von der Handlung unterblieb,

Digitized by Google

sondern weil das zu mordende Kind durch andere Ursachen bereits todt war.

Art. 178 der P. G. O. spricht:

„Item so sich Jemandt eyner Missethatt mit etlichen scheinlichen Wercke die zu Volnbringung der „Missethatt dienstlich seyn mögen understeht und an „Volnbringung derselben Missethatt durch andere „Mittel wider seinen Willen verhindert würde, solcher böser Will darauß etlich Werck, als obsteht „volgen, ist peinlich zu straffen, aber inn eynem Fall „herter dann in andern, angesehen Gelegenheit „vnd gestalt der sach ꝛc.

Der 154. Kriegsartikel aus dem einheimischen Rechte verordnet:

„Wer einen andern mit Willen und Vorsatz, „ohne Noth und rechter Lebensgefahr tödtet oder „schläget ihn also, daß er davon stirbt, dessen „Blut soll wieder vergossen und er ohne Gnade „enthauptet werden."

Die Erläuterung zu diesem Artikel sagt aber ferner:

NB. „Es muß aber recht gewiß sein, daß der Todt „ohnfehlbar von den Schlägen erfolgt sei, denn „würde man finden, daß der Verstorbene zwar „geschlagen worden, aber nicht eigentlich von den „Schlägen, sondern anderen Zufällen gestorben „wäre, so müßte man den Thäter nicht am Leben, sondern nur willkührlich nach des Richters „Ermessen strafen ꝛc."

Beide Gesetze sprechen also von dem Fall, wo die

Digitized by Google

auf Tödtung gerichtete Handlung eines Verbrechers nicht den vorgesetzten Zweck erreicht, und überlassen die Strafbestimmung und Abmessung der Größe der Strafe dem richterlichen Ermessen.

Dieses richterliche Ermessen mußte nun die Verschuldung der Magdalena nicht ohne ihr Motiv und die Form ihrer Ausführung betrachten und hierbei stellte sich denn der Seelenzustand derselben, im Augenblick des Handelns, zuerst zur Beurtheilung, da von diesem nur die Festsetzung abhängig, wie weit Magdalena straffällig war.

Aus dem Bisherigen ist ersichtlich, daß sie vorgegeben in dem höchsten Grad des Affects, den Mordversuch an ihrem Kinde verübt zu haben. Da nun das Geständniß, wie es abgelegt worden, beurtheilt werden muß, sobald dem nicht actenmäßige Gründe entgegenstehen, so muß die wirkliche Existenz des Affects in dem entscheidenden Augenblicke um so mehr angenommen werden, als sich aus der Handlung selbst die augenblickliche Vernunftlosigkeit der Handelnden ergiebt.

Man kann nämlich nicht aus dem Gesichte verlieren, daß Magdalena ihrer Schwangerschaft kein Hehl gehabt, sondern alle die Vorbereitungen zum Empfange ihres Kindes und zur Wartung desselben öffentlich gemacht, daß sie ferner in einem Zimmer, welches nur durch ein anderes von einer großen Versammlung von Menschen getrennt war, und daher jeden Augenblick besucht werden konnte, einen Mord unternahm, dessen Entdeckung also unzweifelhaft erfolgen mußte, und daß sich daher schon

Digitized by Google

aus der Handlung selbst die vollkommenste Bewahrheitung der Angabe hervorthat, daß ein Mord in dieser Art, unter den vorliegenden Verhältnissen und an einem solchen Ort, nur in einer, durch das Toben der Leidenschaft getrübten Beurtheilung unternommen sein konnte. Muß man sich hierbei, und bei der Gewißheit, daß Magdalena, was sie that, im Ausbruche der heftigsten Leidenschaft that, eingestehen, daß die Veranlassungen, durch welche sie in diesen Seelenzustand versetzt war, nicht ungerecht waren, wenigstens ihr nur zum geringen Theil auflasteten; so mußten die Worte, welche Feder [10]) über den Affect und die Strafbarkeit der in diesem verübten Handlungen ausspricht, und zwar:

„Wenn also ein Mensch auf eine schuldlose,
„oder doch eine der menschlichen Schwachheit
„verzeihliche Weise in einen so gewaltsamen Zu-
„stand der Leidenschaft gerathen wäre: so würde
„es ungerecht sein, sein fehlerhaftes Verhalten
„eben so zu ahnden, als wenn er bei ruhiger
„Ueberlegung sich dazu bestimmt hätte,“

gewiß auch auf Magdalena Anwendbarkeit finden. Es ist übrigens actenmäßig, daß Andrees K. sie unter Versprechung der Ehe ihrer Geschlechtsehre beraubte, er ist geständig, daß er, ohne von ihr gegebenen Grund, sein Eheversprechen, ihrer Bitten ohngeachtet, zurücknahm, und nicht nur ein anderes Mädchen freite, sondern, zur

10) Untersuchungen über den menschlichen Willen. Th. III. S. 516.

Digitized by Google

noch größeren Schmach seiner frühern Geliebten, diese verhöhnte und verspottete. Mußte selbst der Richter, über die Rohheit eines solchen Verführers entrüstet sein, der die eigene Unwürdigkeit im Verspotten eines unschuldigen berückten Nebenmenschen verbergen will, wie sehr mußte das Gemüth der Verstoßenen dennoch verletzt sein, wenn sie auch nach Zeugenaussagen, alles das in Ergebung, als eine Züchtigung der Vorsehung für ihre begangene Sünde, hinnahm. Ohne Kampf ist solche Ruhe nicht erlangt, und es bedurfte nur eines noch härteren Angriffs auf ihre Seelenkraft, um diese zu besiegen, und dem Ausbruche der um so heftiger wirkenden Leidenschaft Thor und Thüren zu öffnen, da diese nur gebändigt aber nicht beruhigt war. Magdalena würde wahrscheinlich alle diese Schmach ertragen haben, hätte nicht ihr Verführer ein anderes Mädchen gefreit, denn nun kam zu dem Bewußtsein der verlorenen Geschlechtsehre auch die Eifersucht, die am stärksten wirkende Leidenschaft.

In dem Augenblicke des von ihr unternommenen Verbrechens, läßt sich diese Leidenschaft allerdings in ihrem heftigsten Toben denken. — Unerträgliches körperliches Leiden bei der Geburt — Wahn, sie werde bei diesem entsetzlichen Leiden absichtlich verlassen und ihr Hülferuf überhört — dabei der von drübenher tönende Jubel des Glücks der Neuvermählten, der ein eben so lauter Hohn für sie war — und endlich das Erwachen aus der Vergessenheit einer Ohnmacht zu der entsetzlichsten Wirklichkeit, — alles Eindrücke und Stürme, die gerade auf ein Gemüth, wie das der Mag-

Digitized by Google

dalena, um so eingreifender wirken mußten, als die Ungerechtigkeit, welche hierin lag, auch den Zorn reizen konnte.

Unter solchen Voraussetzungen aber erscheint die Annahme richtig, daß in dem Seelenzustande, in welchem Magdalena das Verbrechen unternommen, weder das Bewußtsein der Strafbarkeit der Handlung und deren richtige Subsumtion unter das Strafgesetz, noch die Möglichkeit des Einflusses der Vorstellung von der Strafbarkeit auf die Unterlassung der That mit solcher Strenge gefordert werden dürfe, als geschehen müßte, wären jene Anreizungen zu Zorn und Wuth nicht vorhanden gewesen. Aus solchen Gründen rechtfertigte sich das Conclusum vollkommen, daß, weil Inquisitin die vorgesetzte Rechtsverletzung durch ihre Handlung nicht erwirkt, diese nur als ein Conatus zu betrachten, für welchen, wegen vorhandener Mitigantien, nur auf gelinde arbitraire Strafe zu erkennen. Wollte der Einwand gemacht werden, daß, da es richtig, wie ein Leichnam nicht mehr im Besitz desjenigen Rechts ist, welches durch die Drohung des Strafgesetzes in Schutz genommen, die also nicht in Wirksamkeit treten konnte, weil jene Läsion nicht erfolgen können, mithin, in vorliegendem Falle auch kein Versuch zur Läsion eines solchen nicht existirenden Rechts denkbar sein und zur Strafe gezogen werden kann; so muß dagegen doch bestehen bleiben: daß in dem Conat nicht bloß die Gefahr für die Rechte eines Dritten, sondern hauptsächlich der böse Wille, der in Handlung übergegangen, gestraft wird, da er niemals das gegen das vorausgesetzte Verbrechen bestehende Strafgesetz

Digitized by Google

und deſſen Drohungen in Wirkſamkeit bringt, ſofern die gedrohte Strafe allererſt dem Verbrechen, d. h. der beabſichtigten und erfolgten Läſion oder Zerſtörung des geſchützten Beſitzes, als nothwendige Folge anhängt. Der böſe Wille war in Magdalenens Handlung immer vorhanden, da ſie nicht wußte, daß ihr Kind todt ſei, und ſomit dürfte es gleichgültig ſein, ob ſie von der Realiſirung dieſes böſen Willens zur Begehung eines Verbrechens durch äußerlich hinzugetretene Verhinderungen oder durch das ſchon frühere Entſchwinden des Rechts, das ſie zerſtören wollen, hiervon abgehalten wurde. — Böſem Willen ſteht gleichfalls die Drohung des Strafgeſetzes entgegen, wie dies: Art. 178 der P. H. G. O. und die Erläuterung des 154. Krigsartikels feſtgeſetzt.

Aus allem dem aber abſtrahiren ſich folgende Sätze:

1) daß, wie ſehr auch ein Subject, wie Magdalena, durch ihre Handlung moraliſch als Verbrecherin, als Mörderin, betrachtet werden mag, ſie es, nach poſitivem Geſetz, nicht iſt, weil das Verbrechen, die Zerſtörung eines Beſitzes ausdrückt, der durch Androhung einer Strafe geſchützt war und dieſe als Folge nach ſich zieht, daß alſo
2) wenn dieſer durch Strafdrohung geſchützte Beſitz nicht zerſtört und aufgehoben worden, auf die dahin gerichtete Handlung nicht die jener Vorausſetzung folgende Strafe eintreten dürfe, daß aber
3) dieſe Handlung, als böſer Wille, Conat, eignes durch Strafe bedroht iſt, welche ſie in Wirkſamkeit bringt.

Digitized by Google

XIV.

In welchem Umfange trägt der säumige Schuldner den zufälligen Untergang der schuldigen Species?

Von C. G. v. Madai.

Einer der practisch wichtigsten Nachtheile des Verzuges ist für den Schuldner, daß fortan die Gefahr des zufälligen Unterganges des Obligationsgegenstandes auf ihn übergeht; allein in welchem Umfange? darüber sind die Ansichten der Rechtslehrer von jeher sehr getheilt gewesen, und so auch zum Theil noch jetzt. — A hat in Folge eines abgeschlossenen Kaufvertrages dem B am 1. Mai ein Haus zu tradiren: er verzögert die Uebergabe ohne Grund, und nun brennt am 1. Juni das Haus, vom Blitz entzündet, ab. Nach der Ansicht der Einen muß hier A den Schaden unbedingt tragen, d. h. dem B den Werth des Hauses ersetzen, wozu er, abgesehen von dem Verzuge, nicht verpflichtet gewesen wäre, da nach abgeschlossenem Kaufcontracte das periculum rei sofort auf den Käufer übergeht. Nach der Ansicht Anderer dagegen (und dies ist in der neueren Zeit die vorherrschende Meinung geworden) bleibt A von der Verbindlichkeit zum Schadensersatz befreit, so fern, wie ja hier der Fall, das Haus auch in den Händen des Käufers von demselben vernichtenden Zufall ereilt worden

Digitized by Google

wäre, und auch B nicht den Beweis zu führen vermöchte, daß er, bei rechtzeitig erfolgter Uebergabe, das Haus weiter verkauft und so sich das Kaufgeld gerettet haben würde. Ja, auch darüber ist Streit unter den Rechtslehrern, ob die in Rede stehende nachtheilige Wirkung des Verzuges bei allen Arten der Mora auf gleiche Weise eintrete, oder nicht. — Ich habe in meiner Schrift über die Mora [1]) mich für die unbedingte, und zwar überall gleichmäßige Verpflichtung des säumigen Schuldners, das periculum rei zu tragen, ausgesprochen. Namhafte Rechtslehrer sind mir darin beigetreten [2]). Andere dagegen haben noch neuerdings sich für die entgegengesetzte Ansicht erklärt. Dies, so wie der Umstand, daß meine Schrift über die Mora sich in den Händen der Minderzahl unserer Leser in den Ostseeprovinzen befinden dürfte, werden es rechtfertigen, wenn ich in diesen Erörterungen auf den fraglichen Gegenstand hiemit zurückzukommen mir erlaube. Ich werde demnach auszuführen suchen: 1) daß die Verpflichtung des säumigen Schuldners, die Gefahr des zufälligen Unterganges zu tragen, eine unbedingte, 2) daß die von manchen Rechtslehrern in Betreff einiger Arten der Mora behaupteten Modificationen unbegründet seien.

I.

In Obligationsverhältnissen muß im Allgemeinen jede

1) v. Madai, die Lehre von der Mora, Halle 1837.

2) So Schilling in seiner Recension meiner Schrift über die Mora, in Richter's kritischen Jahrbüchern für Deutsche Rechtswissenschaft. Jahrg. 1838. Heft 3. S. 253 ff.

Digitized by Google

Partei den durch ihre Handlungsweise der Gegenpartei verursachten Schaden ersetzen. Indeß kommt es dabei hauptsächlich auf die nach der Natur des einzelnen Vertrages zu vertretenden Grade der culpa an. Ist z. B. bei Obligationen, deren Gegenstand eine Sachleistung, die Sache in Folge einer von dem Leistungsverpflichteten nicht zu vertretenden Nachlässigkeit zu Grunde gegangen, so muß dies eben so betrachtet werden, als ob Zufall die Sache vernichtet, und dadurch die Erfüllung der Verbindlichkeit unmöglich gemacht hätte. Der Schuldner wird mithin von aller weiteren Verpflichtung aus der Obligation frei. Verborum obligatio, lehrt Pomponius [3]), aut naturaliter resolvitur, aut civiliter. Naturaliter veluti solutione, aut cum res in stipulationem deducta, sine culpa promissoris, in rebus humanis esse desiit; ein Grundsatz der von den Römischen Juristen durch eine wiederholte Anwendung auf das Bestimmteste bestätigt wird [4]). Indem nun aber Pomponius den zufälligen, d. h. ohne imputable Schuld des Debitors herbeigeführ-

3) L. 107 D. de solutionibus (46, 3.)

4) L. 33 D. de verbor. oblig. (45, 1) — Pomponius — Si Stichus certo die dari promissus ante diem moriatur: non tenetur promissor. — L. 37 D. eod. — Paulus — Si certos nummos, puta qui in area sint, stipulatus sim, et hi sine culpa promissoris perierint: nihil nobis debetur. — L. 92 pr. D. de solutionibus (46, 3) — Pomponius — Si mihi alienum servum dari promiseris, aut testamento dare iussus fueris, isque servus antequam per te staret, quominus dares, a domino manumissus sit: haec manumissio morti similis sit: si autem decessisset non tenearis.

Digitized by Google

Untergang des Obligationsobjectes der solutiō gleichstellt, deutet er damit an, daß dadurch keineswegs das ganze Obligationsverhältniß, sondern nur die einseitige Verbindlichkeit des Leistungsverpflichteten aufgehoben sei, eben so als ob wirkliche solutio erfolgt wäre. Dies ist von äußerster Wichtigkeit, nämlich für die Beantwortung der Frage, inwiefern der Schuldner, trotz des zufälligen Unterganges der von ihm zu leistenden Sache, einen Anspruch auf die vertragsmäßig bedungene Gegenleistung habe, und erklärt beiläufig den so häufig als eine Unbilligkeit verschrieenen Satz des Römischen Rechts, daß der Käufer, ohnerachtet er weder die gekaufte Sache noch ein Aequivalent derselben erhält, denoch zur Entrichtung des vollen Kaufpreises verpflichtet ist [5]).

Ganz anders nun verhält es sich, wenn der Debitor sich eine ihm imputable culpa zu Schulden kommen ließ. Nicht nur muß er dann den durch seine culpa unmittelbar veranlaßten Schaden ersetzen; sondern es verliert fortan selbst der zufällige Untergang der Sache für ihn seine liberatorische Wirkung: d. h. der Schuldner bleibt, trotz der zufälligen Vernichtung der Sache, ganz eben so verpflichtet, als ob dieselbe noch fort existirte, m. a. W. er muß nunmehr den Werth der untergegangenen Sache ersetzen. Mit dürren Worten sagt dies Ulpian in der L. 82 § 1 D. de verbor. oblig. (45, 1) — Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilo-

5) Die weitere Ausführung behalte ich einem besonderen Aufsatze über die praestatio periculi bei Obligationen vor.

Digitized by Google

minus, proinde ac si homo viveret. Die Römischen Juristen drücken dies auch so aus, die Obligation des Schuldners, die sonst durch zufälligen Untergang des Objects beendigt sein würde, ist durch dessen culpa zu einer obligatio perpetua geworden, und Paulus führt diese Wirkung der culpa ausdrücklich auf einen alten Rechtssatz zurück. Veteres, sagt er [6]), constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem. Sofern nun fortan der zufällige Untergang des Obligationsobjectes den Debitor nicht mehr befreit, derselbe vielmehr nach wie vor zur Leistung verpflichtet bleibt, ist er es vorzugsweise, den der Nachtheil der zufälligen Vernichtung der Sache trifft, m. a. W. er trägt das periculum rei. Dabei macht nun Paulus bei Erwähnung jenes alten Rechtssatzes durchaus keinen Unterschied, ob die nach eingetretener culpa des Schuldners zufällig vernichtete Sache in den Händen des Gläubigers von demselben Zufall ereilt worden wäre, oder nicht. Die perpetuatio obligationis ist ihm die allgemeine und unbedingte Folge der vorangegangenen culpa. Nun aber schließt jede Mora, ihrem Begriffe nach, eine culpa in sich [7]): sie ist die culpa in non solvendo; und so folgt mit Nothwendigkeit, daß eben so unbedingt wie jede imputable culpa, so auch die Mora den Nachtheil des zufälligen Unterganges der zu leistenden Sache auf den Schuldner übertrage. Die Richtigkeit dieser Schlußfolge,

6) L. 91 D. de verbor. oblig. (45, 1).

7) Vgl. hierüber meine Lehre von der Mora § 2. S. 6—18.

Digitized by Google

für welche es kaum einer weiteren Bestätigung bedarf, erkennt auch ausdrücklich unser Paulus an. Nach Anführung jenes alten Rechtssatzes: veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, wirft er sich selbst a. a. O. die Frage auf, ob derselbe auch dann eintrete „si moratus sit tantum, sc. debitor?“ und indem er sie verneint, für den Fall, daß der säumige Schuldner „postea offerendo emendaverit eam moram,“ bejaht er dadurch dieselbe indirect, für den Fall, daß eine purgatio morae nicht vorhanden, mit hin die einmal begründete Mora sammt ihren Folgen fortwirkt.

Allein auch abgesehen von der bisher versuchten allgemeinen Begründung unserer Ansicht, wird dieselbe auf das entschiedenste bestätigt durch eine zahlreiche Reihe von Aussprüchen unserer Rechtsquellen, in deren keinem irgend eine Beschränkung jener allgemeinen Verbindlichkeit des säumigen Schuldners auch nur im entfernteste nangedeutet wird. Bei der practischen Wichtigkeit dieser Behauptung erscheint es unerläßlich, die hauptsächlichsten Quellenzeugnisse selbst hier anzuführen:

1) L. 5 *pr. D. de rebus creditis.* (12, 1) — Pomponius — Quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit, quo minus id mihi dares, *tuum fore id detrimentum*, constat.

2) L. 30 § 1. *D. de iure iurando* (12, 2) — Paulus — Si iuravero, te Stichum mihi dare oportere, qui non sit in rerum natura, nec

Digitized by Google

aestimationem mihi praestare reus debet; nisi ex causa furtiva, vel *propter moras*: *tunc enim etiam post mortem servi aestimatio praestatur.*

3) *L.* 25 § 2. *D. soluto matrimonio* (24, 3) — Paulus — Si post divortium res dotales deteriores factae sint, et vir in reddenda dote moram fecerit: *omnimodo detrimentum ipse praestabit.*

4) *L.* 39 § 1. *D. de legatis* I. (30) — Ulpianus — Ipsius quoque *rei interitum post moram debet:* sicut in stipulatione, si post moram res interierit, aestimatio eius praestatur.

5) *L.* 108 § 11. *D. eod.* — Africanus — Si servus legatus sit, et *moram heres fecerit, periculo eius et vivit et deterior fit:* ut, si debilem forte tradat, nihilominus teneatur.

6) *L.* 23 *D. de V. Obligat.* (45, 1) — Pomponius — Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas: non aliter *post mortem eius tenearis mihi*, quam si per te stetit, quo minus vivo eo mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum.

7) *L.* 49 *pr. D. eod.* — Paulus — Cum filius familias Stichum dari sposponderit, et cum per eum staret, quominus daret, decessit Stichus: datur in patrem de peculio actio, quatenus *maneret filius ex stipulatu obligatus.*

Digitized by Google

At si pater in mora fuit; non tenebitur filius, sed utilis actio in patrem danda est.

8) *L.* 82 § 1 *D. eod.* (45, 1) — Ulpianus — *si post moram* promissoris homo decesserit, *tenetur nihilominus*, proinde ac si homo viveret.

9) *L.* 58 § 1 *D. de fideiussoribus* (46, 1) — Paulus — cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris *durat obligatio*: veluti si moram fecit in Stichо solvendo, *et is decessit.*

10) *L.* 31 *pr. D. de novationibus* (46, 2) — Venulejus — ideoque si hominem mihi dare te oporteat, et in mora fueris, quominus dares, *etiam defuncto eo teneris.*

11) *L.* 3 *C. de usuris* (6, 47) — Alexander — si homines certi per fideicommissum tibi relicti fuerint, *post moram periculo debitoris* fideicommissi sunt.

II.

So unzweideutig auch alle diese Stellen die unbedingte Verbindlichkeit des säumigen Schuldners, für den zufälligen Untergang der Sache, die Gegenstand der Obligation ist, einzustehen, aussprechen, werden doch von vielen und sehr namhaften Rechtslehrern mancherlei Modificationen jener strengen Verpflichtung angenommen. Der Schuldner soll von der praestatio periculi befreit werden, wenn er beweist, daß derselbe Zufall die Sache auch beim Gläubiger betroffen haben würde: und auch

Digitized by Google

hier nach Andern nur dann, wenn der Gläubiger die empfangene Sache inzwischen hätte verkaufen können. Es gehört diese Lehre keineswegs erst der neueren Zeit an. Schon unter den Glossatoren ward sie von Martinus [8]) gegen Johannes vertheidigt und fand auch in späterer Zeit, so an Donellus [9]), Cujaz [10]), Contius [11]), de la Reberteria [12]), Arumäus [13]) Kien [14]) und anderen eifrige Anhänger. Unter unseren neueren Rechtslehrern bekennen sich zu derselben Lehre Thibaut [15]), Mühlenbruch [16]), v. Wenning-Ingenheim [17]), Göschen [18]), Mackeldey [19]), Schweppe [20]), Glück [21]) u. a. Der Grundirrthum

---

8) cf. Glossa ad L. 14 § 1 D. depositi. s. v. interitum und Glossa ad L. 12 § 3 D. eod. cf. et. Haenel dissensiones Dominorum § 23. p. 138.

9) Donellus de mora in opp. prior. Francofurti 1589. cap. VII. et Commentarii iuris civilis. Lib. XVI. c. 2.

10) Culacii opera priora (edit. Fabrot) T. I. p. 1208 et 1387.

11) Contius tractatus de diversis morae generibus cap. VIII.

12) De la Reberteria opus de mora cap. VI.

13) Arumaeus de mora cap. VIII. n. 1.

14) Kien disputatio iuridica de mora cap. VI. § 2.

15) Thibaut System des Pandectenrechts. 8te Aufl. § 99.

16) Mühlenbruch Lehrbuch des Pandectenrechts. 2. Aufl. Th. II § 357. Nr. 1.

17) v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 5. Aufl. Th. II. § 242.

18) Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Bd. II. § 418.

19) Mackeldey Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts 10te Aufl. § 346.

20) Schweppe das Röm. Privatrecht. 4te Aufl. § 388.

21) Glück Commentar. Th. IV. § 330. S. 441.

Digitized by Google

At si pater in mora fuit; non tenebitur filius, sed utilis actio in patrem danda est.

8) *L.* 82 § 1 *D. eod.* (45, 1) — Ulpianus — *si post moram* promissoris homo decesserit, *tenetur nihilominus*, proinde ac si homo viveret.

9) *L.* 58 § 1 *D. de fideiussoribus* (46, 1) — Paulus — cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris *durat obligatio*: veluti si moram fecit in Sticho solvendo, *et is decessit.*

10) *L.* 31 *pr. D. de novationibus* (46, 2) — Venulejus — ideoque si hominem mihi dare te oporteat, et in mora fueris, quominus dares, *etiam defuncto eo teneris.*

11) *L.* 3 *C. de usuris* (6, 47) — Alexander — si homines certi per fideicommissum tibi relicti fuerint, *post moram periculo debitoris* fideicommissi sunt.

II.

So unzweideutig auch alle diese Stellen die unbedingte Verbindlichkeit des säumigen Schuldners, für den zufälligen Untergang der Sache, die Gegenstand der Obligation ist, einzustehen, aussprechen, werden doch von vielen und sehr namhaften Rechtslehrern mancherlei Modificationen jener strengen Verpflichtung angenommen. Der Schuldner soll von der praestatio periculi befreit werden, wenn er beweist, daß derselbe Zufall die Sache auch beim Gläubiger betroffen haben würde: und auch

Digitized by Google

hier nach Andern nur dann, wenn der Gläubiger die empfangene Sache inzwischen hätte verkaufen können. Es gehört diese Lehre keineswegs erst der neueren Zeit an. Schon unter den Glossatoren ward sie von Martinus [8]) gegen Johannes vertheidigt und fand auch in späterer Zeit, so an Donellus [9]), Cujaz [10]), Contius [11]), de la Reberteria [12]), Arumäus [13]) Kien [14]) und anderen eifrige Anhänger. Unter unseren neueren Rechtslehrern bekennen sich zu derselben Lehre Thibaut [15]), Mühlenbruch [16]), v. Wennig-Ingenheim [17]), Göschen [18]), Mackeldey [19]), Schweppe [20]), Glück [21]) u. a. Der Grundirrthum

8) cf. Glossa ad L. 14 § 1 D. depositi. s. v. interitum und Glossa ad L. 12 § 3 D. eod. cf. et. Haenel dissensiones Dominorum § 23. p. 138.

9) Donellus de mora in opp. prior. Francofurti 1589. cap. VII. et Commentarii iuris civilis. Lib. XVI. c. 2.

10) Cuiacii opera priora (edit. Fabrot) T. I. p. 1208 et 1387.

11) Contius tractatus de diversis morae generibus cap. VIII.

12) De la Reberteria opus de mora cap. VI.

13) Arumaeus de mora cap. VIII. n. 1.

14) Kien disputatio iuridica de mora cap. VI. § 2.

15) Thibaut System des Pandectenrechts. 8te Aufl. § 99.

16) Mühlenbruch Lehrbuch des Pandectenrechts. 2. Aufl. Th. II § 357. Nr. 1.

17) v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 5. Aufl. Th. II. § 242.

18) Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Bd. II. § 418.

19) Mackeldey Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts 10te Aufl. § 346.

20) Schweppe das Röm. Privatrecht. 4te Aufl. § 388.

21) Glück Commentar. Th. IV. § 330. S. 441.

Digitized by Google

dieſer ganzen Lehre liegt in einer eigenthümlichen Verwechſelung der Verhältniſſe der Mora und der malae fidei possessio. Man ging davon aus, daß jeder malae fidei possessor als ſolcher ſich in einer mora ex re befinde. Sofern nun unſre Quellen den malae fidei possessor nicht unbedingt, ſondern nur unter gewiſſen Modificationen für den zufälligen Untergang der Sache verantwortlich machen, ſah man ſich, ſchon aus Conſequenz, genöthigt, dieſelben Modificationen für jeden ſäumigen Schuldner gelten zu laſſen. Denn das iſt der eigenthümliche Fluch des Irrthums, daß er ſtets neue Irrthümer, mit faſt unausweichlicher Nothwendigkeit, aus ſich erzeugt. Willkürlich wurden ſo die zahlreichen Ausſprüche der Quellen, die den ſäumigen Schuldner unbedingt zur praestatio periculi verpflichten, ignorirt, einigen wenigen Stellen gegenüber, die von ganz andern Verhältniſſen, als denen eigentlicher Mora, handeln. Verweilen wir zuförderſt einige Augenblicke bei dem Fundament der von der unſrigen abweichenden Lehre, bei der Behauptung, daß jede malae fidei possessio eine mora ex re involvire. Eine nähere Prüfung derſelben ſcheint hier um ſo nothwendiger, als ein ſo ausgezeichneter und ſcharfſinniger Rechtslehrer wie Mühlenbruch [22]) noch neuerdings für dieſe Anſicht ſich erklärt hat. Meine Gegengründe, die ich ſchon früher in meiner Schrift über die Mora entwickelt habe, ſind der Hauptſache nach dieſe.

---

22) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandectenrechts. 2. Aufl. Th. II. § 271 und 355.

1) Der Besitz einer fremden Sache führt allerdings zu der Verbindlichkeit, dieselbe dem Eigenthümer, sobald er sie fordert, zurückzugeben. Ja diese Verbindlichkeit muß um so größer erscheinen, wenn der Besitzer weiß, daß die von ihm besessene Sache eine fremde ist. Allein zu einem Zurückgeben der Sache an ihren wahren Eigenthümer, ohne Aufforderung von dessen Seite, also zu einem ultro offerre, ist selbst der malae fidei possessor nicht verpflichtet. Sein Besitz gründet sich jederzeit auf ein formell gültiges Rechtsgeschäft; — sonst würde er Dieb oder gewaltsamer Besitzer sein; — aber materiell ist er ungültig. Die Verpflichtung zur allendlichen Restitution der Sache ist nicht die Folge einer aus dem Besitz an sich entspringenden Obligation gegen den Eigenthümer, vielmehr lediglich Folge des Eigenthumsrechts des Vindicanten, dem der bloße Besitz weichen muß. Liegt also in dem Besitz, als solchen, selbst wenn er eine malae fidei possessio, keine obligatorische Verpflichtung, die Sache unaufgefordert herauszugeben, so kann auch die Nichterfüllung dieser, überall nicht vorhandenen Obligation, m. a. W. die Fortsetzung des Besitzes, so lange die Sache vom Eigenthümer noch nicht zurückgefordert worden ist, dem malae fidei possessor unmöglich als eine culpose Verzögerung, d. h. als eine Mora, angerechnet werden. — Ganz anders verhält es sich da, wo der Besitz einer Sache nicht nur ein wissentlich fremder, sondern zugleich durch die Form des Erwerbes, also formell wie materiell, unrechtmäßiger ist. So beim Diebstahl und der gewaltsamen Besitzergreifung. Hier liegt in der

Digitized by Google

Art des Erwerbes ein Delict, entsteht mithin in dem Moment der Acquisition eine obligatio ex delicto, die den Erwerber sofort auch vor erfolgter Aufforderung durch den Eigenthümer verpflichtet, die Sache ihrem rechtmäßigen Herrn zurückzugeben. Die Versäumniß dieser Verbindlichkeit muß in jedem Augenblick von Neuem als die culpose Verzögerung einer obligatorischen Verpflichtung, d. h. als eine Mora, angesehen werden, daher der folgenreiche Satz: fur semper moram facere videtur. Die Gleichstellung nun der malae fidei possessio mit dem Diebstahl und der gewaltsamen Besitzergreifung, sowie die daraus entsprungene Uebertragung einer mora ex re auf die erstere, beruht auf einem unleugbaren Verkennen des eigenthümlichen Wesens der malae fidei possessio, die ihren Ursprung jederzeit aus einem formell giltig abgeschlossenen Rechtsgeschäfte herleiten muß.

2) Eine mora ex re kann, weil Ausnahme, überall nur da statuirt werden, wo das Gesetz dieselbe namentlich verordnet hat. Den Dieb und gewaltsamen Besitzer bedrohen ausdrückliche Gesetze mit den nachtheiligen Folgen einer auch ohne alle Interpellation eintretenden mora ex re. Rücksichtlich des malae fidei possessor dagegen läßt sich nicht eine gesetzliche Verordnung der Art nachweisen.

3) Wäre mit jeder malae fidei possessio ohne Weiteres eine mora ex re verknüpft, so würde damit schwer zu vereinigen sein der Grundsatz, daß da, wo der Schuldner die sofortige Restitution weigert, nicht differendi caussa, sodern weil er sine dolo malo ad iudi-

Digitized by Google

tium provocat, eine Mora nicht begründet sei. Wenn also der malae fidei possessor, sine dolo malo ad iudicium provocat, so würde zugleich eine mora ex re von dem Augenblick seines Besitzes an und als Folge desselben gegen ihn begründet, und doch wiederum nicht begründet sein. — Mühlenbruch wendet ein [23]), meine Voraussetzung daß der malae fidei possessor durch Provocation auf einen Proceß den Anfang der Mora willkürlich hinausschieben könne, sei unbegründet: allein diese Entgegnung trifft mich nicht, indem ich nie behauptet habe, dem malae fidei possessor stehe solch willkürliche Handlungsweise zu. Ich rede nur von dem Fall, da er iuste ad iudicium provocat. Dies würde z. B. statt finden, wenn der malae fidei possessor, der zwar die materielle Unrechtmäßigkeit seines Besitzes, aber den wahren Eigenthümer der Sache nicht kennt, die Richtigkeit des von diesem letztern erhobenen Eigenthumsanspruches bona fide in Abrede stellt, und die Entscheidung auf einen Proceß ankommen lassen zu müssen glaubt.

4) Für den malae fidei possessor entspringt die obligatio ad rem restituendam erst aus der rei vindicatio des Eigenthümers; die Obligation ist hier Wirkung des Litiscontestation. Ist nun vor Anstellung dieser Klage auf Seiten des Besitzers keine Obligation vorhanden, so ist bis dahin auch keine Mora möglich, da die Mora wesentlich die Existenz einer Obligation voraussetzt.

23) Mühlenbruch a. a. O. § 355 Nota 4.

Digitized by Google

Mühlenbruch erklärt freilich diese Behauptung, daß die Obligation des malae fidei possessor erst durch die Proceßführung begründet werde, für eine unrichtige Voraussetzung. Er lehrt [24]) bei Erörterung der Verbindlichkeiten des mit der rei vindicatio Belangten: „Eine Verbindlichkeit des Verklagten gegen den Kläger wird entweder durch dolus begründet, oder durch die angestellte Klage. Durch dolus wegen arglistigen Aufgebens des Besitzes, und wegen der mala fides des Besitzers, womit die strengen Folgen der Mora, von dem Beginn des Besitzes an gerechnet, verknüpft sind. Allein die von ihm zum Beweise seiner Behauptung angeführten Quellenzeugnisse [25]) handeln sämmtlich vom Diebe und gewaltsamen Besitzer, nicht aber von jedem malae fidei possessor. Wie unrichtig indeß die Gleichstellung dieser beiden und die Anwendung der für den fur und violentus possessor geltenden Bestimmungen auf den malae fides possessor, ist schon oben dargethan worden. Endlich

5) ist die ganze Argumentation, auf die sich die Annahme einer bei jeder malae fidei possessio concurrirenden mora ex re gründet, eine unhaltbare. Allerdings muß, nach unzweideutigen Aussprüchen der Quellen, der mit der rei vindicatio belangte Besitzer selbst für den zufälligen Untergang der Sache Ersatz leisten, wenn er

---

24) Mühlenbruch a. a. O. § 271 N. 1.

25) L. 8 § 1, L. 17, L. ult. D. de condict furt. (13, 1.) L. 19 D. de vi (43, 16) L. ult. C. de condict ob turpem caussam (4, 7).

Digitized by Google

nicht beweisen kann, daß die Sache auch in den Händen des Eigenthümers von demselben Zufall betroffen sein würde. Indem man nun aus Mißverständniß der Quellen dieselbe modificirte Verpflichtung des säumigen Schuldners annahm, schloß man von der gleichen Wirkung auf eine Gleichheit des Grundes zurück, und kam so sehr natürlich dazu, für den malae fidei possessor ohne Weiteres eine mora und zwar ex re zu statuiren, theils weil eine Mahnung des malae fidei possessor durch den Eigenthümer nicht überall voraus gegangen, theils wegen vermeintlicher Verwandtschaft des Diebes und violentus possessor mit dem malae fidei possessor. Allein abgesehen von der weiterhin zu erweisenden Ungleichheit des Umfanges der Verpflichtung eines malae fidei possessor und eines säumigen Schuldners, für das periculum rei einzustehen, beruhen die derartigen Verbindlichkeiten beider auf ganz verschiedenen Gründen. Für den säumigen Schuldner ist die praestatio periculi lediglich die Folge der durch die Mora eintretenden perpetuatio obligationis, die für ihn die sonst liberatorische Wirkung des zufälligen Unterganges der Sache aufhebt. Für den malae fidei possessor dagegen entsteht die Verbindlichkeit zur praestatio periculi aus dem materiell unrechtmäßigen Besitz der Sache. In Folge dessen ist er nach einem, zuerst bei der hereditatis petitio durch Hadrian eingeführten [25]) und späterhin auf die rei vindicatio angewendeten Grundsatze verpflichtet, „ut post

26) L. 40 pr. D. de hereditatis petitione (5, 3).

iudicium acceptum id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset (sc. res s. hereditas).“ Hiernach muß natürlich selbst der malae fidei possessor freigesprochen werden, wenn er den Beweis führt, die Sache wäre auch in den Händen des Eigenthümers durch denselben Zufall vernichtet worden, denn immerhin wäre dann den Anforderungen des obigen Grundsatzes genügt. Beruht nun aber die Verpflichtung des malae fidei possessor in beschränkter Weise auch für den interitus rei einzustehen, der That nach auf ganz anderen Principien, als die ähnliche Verbindlichkeit des säumigen Schuldners, so kann man unmöglich von einer vermeintlichen Gleichheit der Wirkung auf eine Gleichheit des Grundes zurückschließen, und somit fällt das einzige Argument für die Annahme einer mora ex re auf Seiten jedes malae fidei possessor haltungslos zusammen.

Es ist in dem Bisherigen der Ungrund der Behauptung, daß jede malae fidei possessio eine mora sc. ex re involvire, nachgewiesen worden. Dies ist für die nachfolgende Untersuchung von entscheidender Wichtigkeit. Es folgt nämlich daraus, daß diejenigen Stellen unserer Rechtsquellen, die von der Verbindlichkeit des malae fidei possessor den zufälligen Untergang der Sache zu tragen, handeln, nicht entscheiden können über den Umfang der ähnlichen Verpflichtung eines säumigen Schuldners. Prüfen wir nach dieser nothwendigen Vorerörterung einzeln die wenigen Gesetze, auf welche gestützt

Digitized by Google

man jene beschränkte Verbindlichkeit des säumigen Schuldners zur praestatio periculi behauptet hat. Es sind folgende:

1) *L.* 47 § 6 *D. de legatis* I. (30) — Ulpianus — Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait, utique aestimationem non deberi: quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit: potuit enim eum acceptum legatarius vendere.

Ulpian bestätigt hier zwar im Allgemeinen den Ausspruch des Labeo daß der mit Entrichtung eines legirten Grundstückes beschwerte Erbe von aller Verbindlichkeit frei werde, wenn Zufall den fundus vernichtet: beschränkt aber zugleich und mit Recht den von Labeo viel zu allgemein aufgestellten Satz durch die Hinweisung darauf, daß dies nur gelten könne, wenn der Erbe sich bei Entrichtung des Legates keiner Mora schuldig gemacht. Denn dann würde jenes „aestimationem non deberi" nicht mehr statt haben, indem nach dem alten Rechtssatze „quotiens culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem" die Verbindlichkeit des Erben eine perpetua geworden, wie ja Ulpian an einem andern Orte auch ausdrücklich sagt: [27]) „ipsius quoque rei interitum post moram debet (sc. heres), sicut in stipulatione, si post moram res interierit, aestimatio eius praestatur". Die scheinbare Härte nun, die in

27) L. 39. § 1. D. de verbor. obligation. (45, 1).

dieser Verpflichtung des säumigen Erben statt des durch Zufall vernichteten Grundstücks, den Werth desselben entrichten zu müssen, liegen könnte, will Ulpian rechtfertigen und so weist er darauf hin, daß ja der Legatar das Grundstück, hätte er es vor dem Untergange zu rechter Zeit erhalten, vielleicht weiter verkauft und so mit dem Kaufgeld sich bereichert haben würde. Indem man nun diesen so klar vor Augen liegenden Zweck der Worte „potuit enim eum acceptum legatarius vendere" verkannte, und dieselben in dem Sinne einer, das vorangehende beschränkenden Modification erklärte, glaubte man zugleich darin eine nicht geringe Bestätigung der herrschenden Lehre zu finden, und fand sie um so leichter, je geneigter man dazu im Voraus war. Allein dem unbefangenen Leser kann der Mißgriff nicht entgehen, denn eine Berechtigung dazu, das was Ulpian als eine bloße Erklärung und Rechtfertigung der vorangehenden Worte giebt, als eine beschränkende Bedingung zu fassen, ist nicht im Entferntesten vorhanden. Demnach muß die vorliegende Stelle als durchaus gewichtlos für die gegnerische Lehre betrachtet werden. Dasselbe gilt im Ganzen von der

2) *L.* 14 § 1 *D. depositi* (16, 3) — Gaius — sive autem cum ipso, apud quem deposita est, actum fuerit, sive cum herede eius, et sua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi eum debere, cum quo actum est, dixerunt: quia aequum esset naturalem inte-

ritum ad actorem pertinere; utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.

Gajus referirt hier zunächst den Ausspruch des Sabinus und Cassius daß, wenn die deponirte Sache, z. B. der Sclave, vor gefälltem Urtheil durch Zufall umgekommen, der Beklagte, also der Depositar, freigesprochen werden müsse, da ja der interitus naturalis den Kläger treffe. Indeß fügt er, als eine Modification dieser letzteren allgemeinen Behauptung die Worte „utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori" hinzu. Sofern nun, folgert man, durch die Anstellung der actio depositi der Depositar in Mora geräth, und den Deponens gleichwohl das periculum interitus naturalis trifft „cum interitura esset ea res, etsi restituta esset" liegt darin die unzweideutigste Anerkennung des Grundsatzes, daß der Schuldner, trotz seiner Mora von der Verbindlichkeit für den zufälligen Untergang der Sache einzustehen frei werde, wenn dieselbe auch beim Gläubiger von gleichem Zufall betroffen sein würde. — So scheinbar diese Argumentation beim ersten Anblick, so wenig hält sie bei näherer Prüfung Stich. Unbegründet nämlich ist vor allem die Voraussetzung, daß in unserer Stelle von einer Mora des Depositars die Rede sei. Wenngleich im Allgemeinen nicht in Abrede zu stellen, daß die Anstellung der Klage (hier der actio depositi) als die unzweideutigste Art der Mahnung, den Gegner in Mora versetze, so leidet dies doch keine Anwendung, wenn der Gegner es bona fide

und aus gutem Grunde zum Proceß kommen ließ; [28]) z. B. weil er dem, der als Erbe des Deponens die Sache zurückfordert, aber sich nicht sofort gehörig legitimirt, die augenblickliche Restitution verweigert. Auf einen Fall dieser Art ist offenbar unsere L. 14 § 1 D. cit. zu beziehen. Daß weder Sabinus und Cassius noch Gajus hier an eine Mora des Depositars gedacht haben, ergiebt sich deutlich aus den Worten „naturalem interitum ad actorem pertinere". Unmöglich hätten sie dieses Prinzip als Entscheidungsnorm zur Anwendung bringen können, wäre eine Mora des Depositars im Spiel gewesen, da ja durch solche Mora die Obligation des Depositars perpetuirt worden m. a. W. der Nachtheil des naturalis interitus auf den reus übergegangen sein würde. Dies erkennt an einem andern Orte ganz ausdrücklich und zwar in specieller Beziehung auf das Depositum Pomponius [29]) an, indem er sagt: quemadmodum, quod ex stipulatu vel ex testamento dari oporteat, post iudicium acceptum cum detrimento rei periret: sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo eius, apud quem depo-

---

28) L. 21 pr. D. de usuris (22, 1) — Ulpianus — sciendum est, non omne, quod differendi caussa optima ratione fiat, morae adnumerandum — L. 24 pr. D. eod. — Paulus — Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram: utique si iuste ad iudicium provocavit — L. 63 D. de R. J. (50, 17) — Julianus — qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere —

29) L. 12 § 3 D. depositi (16, 3).

Digitized by Google

situm fuerit, est. Wollte man nun wie in dieser letztern Stelle, so auch in unserer L. 14 § 1 D. cit. eine durch die Anstellung der actio depositi begründete Mora des Depositars annehmen, so würde ein unauflöslicher Widerspruch zwischen beiden Gesetzen die Folge sein, denn während das eine dem Depositar unbedingt die praestatio periculi aufbürdet, befreit ihn das andere von dieser Verpflichtung „cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.“ Eine Meinungsverschiedenheit des Pomponius und Gajus wäre an sich allerdings denkbar, allein eine derartige Annahme bleibt immer mißlich und gegen den Willen Justinians, so lange eine andre Erklärung des scheinbaren Widerspruchs zweier Gesetzstellen durch eine scharfe Sonderung der den verschiedenen Entscheidungen zu Grunde liegenden factischen Verhältnisse, möglich ist. Beziehen wir aber unsre L. 14 § 1 D. cit. auf den Fall einer, trotz Anstellung der Klage gegen den Depositar noch nicht begründeten Mora, so erklärt sich der Ausspruch des Gajus „naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori“ auf sehr genügende Weise aus dem schon oben erwähnten durch Hadrian eingeführten Rechtssatz „ut post iudicium acceptum id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset (sc. hereditas, s. res). — Demnach beweist auch die vorliegende L. 14 § 1 D. cit. nicht für die gegnerische Lehre. Eben so wenig

3) *L.* 15 § 3 *D. de rei vindicatione* (6, 1) — Ulpianus — Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique aiunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere praestari. Nam si ei restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus.

Den von manchen seiner Zeitgenossen in viel zu großer Allgemeinheit aufgestellten Satz, daß der mit der rei vindicatio belangte Besitzer den sine dolo et culpa eingetretener Untergang der Sache nicht zu vertreten habe, modificirt Ulpian dahin „sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere praestari.“ Man hat nun in diesem Ausspruch Ulpians ganz besonders eine Bekräftigung der Lehre, der säumige Schuldner hafte nur unter derselben Beschränkung für das periculum rei, zu finden gemeint, indem man auch hier von der Voraussetzung ausging, durch Anstellung der Klage sei der Besitzer jedenfalls in Mora versetzt worden; ja zur Bestätigung dessen berief man sich wohl auf die Bezeichnung des Klägers, als eines „moram passus“. Allein hier, wie in der vorigen Stelle, ist diese Voraussetzung unbegründet. Ulpian gedenkt lediglich des possessor *sine* culpa und schließt damit den Fall einer Mora aus, da jede Mora ihrer Natur nach eine culpa involvirt. Ohnehin erweist der ganze Zusammenhang der Stelle, wie ihre Aufnahme in den Titel de rei vindicatione, daß Ulpian hier nicht

Digitized by Google

von den Nachtheilen der Mora, sondern den durch den Besitz einer fremden Sache begründeten Folgen handelt. Die Entscheidung beruht also auf ganz anderen Prinzipien, als denen der Mora. Ich erinnere hier an die obige Ausführung, daß Gesetzstellen, die auf die Verhältnisse des Besitzes fremder Sachen sich beziehen, durchaus nicht als Entscheidungsnorm in unserer Lehre benutzt werden dürfen. Der von Ulpian gebrauchte Ausdruck „moram passus" kann kein gegründetes Bedenken machen, da das Wort mora auch häufig in einer nicht technischen Bedeutung, für Verzögerung überhaupt, vorkommt. Das moram pati des einen, setzt nicht schlechthin ein moram facere des Gegners voraus. So müssen wir demnach auch diese Stelle als durchaus irrelevant für die gegnerische Lehre erklären.

Nicht minder endlich die von Mühlenbruch außerdem noch angezogene L. 14 § 11 D. quod m. caussa (4, 2), L. 40 pr. D. de hereditatis petitione (5, 3) und L. 12 § 4 D. ad exhibendum (10, 4), — Stellen die so augenscheinlich auf anderen Prinzipien als denen der Mora beruhen, daß eine ausführlichere Beleuchtung derselben überflüssig sein dürfte. Folgende Andeutungen über den Standpunkt den diese Stellen einnehmen, werden vollständig hinreichen die Behauptung, daß aus ihnen ein Beweis für die gegnerische Lehre nicht entlehnt werden könne, zu rechtfertigen. Die L. 14 § 11 D. quod metus caussa (auf die wir weiter unten zurückkommen werden) handelt von der Verpflichtung des mit der actio quod metus caussa Belangten, auch für den

zufälligen Untergang der Sache einzustehen „si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset". Allein da hier der Verklagte aus einen, materiell zwar fehlerhaften, aber doch formell gültigen Rechtsgeschäfte besitzt, so muß er wie ein gewöhnlicher malae fidei possessor betrachtet werden; mithin gelten für ihn sehr natürlich die oben entwickelten Grundsätze der malae fidei possessio, nicht der Mora. Die L. 40 pr. D. de hereditatis petitione und die L. 12 § 4 D. ad exhibendum reden unzweideutig nicht von Klagen aus obligatorischen Verhältnissen, sondern von Klagen gegen den Besitzer einer Erbschaft, (respective Sache) auf deren Restitution, wobei dann natürlich die Prinzipien der malae fidei possessio, nicht der Mora zur Anwendung kommen.

Werfen wir nun einen Blick auf die bisherigen Erörterungen zurück, so ergiebt sich daß sämmtliche Gesetzstellen, auf welche gestützt man jene beschränktere Verbindlichkeit des säumigen Schuldners für den zufälligen Untergang der Sache einzustehen, behauptet hat und zum Theil noch behauptet, die in Rede stehende Modification nicht beweisen, da diese Stellen unter ganz anderen Prinzipien als denen der Mora stehen, und damit dürfte dann die Richtigkeit der von uns vertheidigten Lehre, daß der säumige Schuldner ohne alle Einschränkung das periculum rei zu tragen habe, außer Zweifel gestellt sein, da nicht nur eine zahlreiche Reihe von Quellenzeugnissen für diesen Grundsatz spricht, sondern derselbe auch mit den allgemeinen Prinzipien und der Natur der Mora im vollkommensten Einklange steht.

Digitized by Google

III.

Wenn wir in dem Vorstehenden dem säumigen Schuldner überhaupt das Recht abgesprochen haben, durch Berufung auf den zufälligen Untergang der Sache auch in den Händen des Gläubigers, von der praestatio periculi sich frei zu machen, so bedarf es wohl kaum einer besonderen Erklärung, daß wir für den Dieb und gewaltsamen Besitzer keine Ausnahme statuiren, da beide von dem Moment ihres Besitzes eine mora ex re trifft. Gleichwohl hat die entgegenstehende Ansicht eine hochgewichtige Autorität für sich, die es unerläßlich macht, einige Augenblicke noch bei diesem Punkte zu verweilen. Der von uns und allgemein so tief betrauerte dahin geschiedene Thibaut lehrt [30]) „die Regel, daß der Säumige die Gefahr der Sache trägt, scheint nach manchen Gesetzen unbedingt, muß aber doch dahin beschränkt werden, daß der säumige Schuldner, den Dieb und gewaltsamen Besitzer nicht ausgenommen, alsdann vom Schadensersatz frei ist, wenn die Sache ungeachtet der Ablieferung auch bei dem Gläubiger den Zufall würde erlitten haben, welches der Säumige zu beweisen hat". Dieser Ansicht ist dann beigetreten v. Wening-Ingenheim [31]). Beide Rechtslehrer berufen sich hauptsächlich auf die schon oben in anderer Beziehung erwähnte: L. 14 § 11 D. quod metus causa (4, 2), in der Ulpian unter anderem lehrt

30) Thibaut System des Pandectenrechts. 8te Aufl. § 99.

31) v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 5te Aufl. Th. II. § 242.

Digitized by Google

Quid si homo sine dolo malo et culpa eius, qui vim intulit et condemnatus est, periit? in hoc casu a rei condemnatione ideo relaxabitur, si intra tempora iudicati actionis moriatur, quia tripli poena propter facinus satisfacere cogitur ... Haec si post condemnationem: si autem ante sententiam homo sine dolo malo et culpa mortuus fuerit, tenebitur, et hoc fit his verbis Edicti: nemque ea res arbitrio iudicis restituetur. Ergo et si in fuga sit servus, sine dolo malo et culpa eius, cum quo agetur, cavendum esse per iudicem, ut eum servum persecutus reddat. Sed et si non culpa ab eo, quocum agitur, aberit; si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset: tenebitur reus sicut in Interdicto unde vi, vel quod vi aut clam observatur. Itaque interdum hominis mortui pretium recipit, qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset.

Allerdings soll nach diesem Ausspruche Ulpians der mit der actio quod metus causa Belangte das periculum interitus nicht unbedingt tragen, derselbe vielmehr nur dann zum Ersatz des Werthes der zufällig untergegangenen Sache verpflichtet sein „si peritura res non fuit, si metum non adhibuisset". Thibaut und v. Wening-Ingenheim stellen nun den „qui metum adhibuit" dem fur und violentus possessor gleich, übertragen mithin consequent die Vorrechte des ersteren auch auf die beiden letzteren. Allein in die-

Digitized by Google

ser Gleichstellung liegt der Grundfehler. Die actio quod metus caussa ist allein gerichtet gegen den, der aus einem formell giltigen Rechtsgeschäfte die fremde Sache erworben hat, nur daß das Rechtsgeschäft wegen eines materiellen Mangels (Erzwungenheit des Consenses) hinterher durch den Richter aufgehoben werden kann. „Quod metus caussa gestum erit, sagt der Prätor, ratum non habebo". Ganz anders der Dieb und der gewaltsame Besitzer, deren Besitz aus einem Delict sich herschreibt. Während also der mit der actio quod metus causa Belangte nur als malae fidei possessor zu behandeln, für den, wie oben dargethan, eine mora ex re nicht anzunehmen, trifft eine solche den fur und violentus possessor. Wenn nun in der vorliegenden Stelle dem reus bei der actio quod metus causa die gewöhnlichen Modificationen, die in Betreff der praestatio periculi jedem m. f. possessor zu Gute kommen, zugestanden werden, so dürfen diese auf den fur und violentus possessor, bei der durchgreifenden Grundverschiedenheit beider Verhältnisse, nicht übertragen werden. Indeß könnten einiges Bedenken vielleicht die Worte: „tenebitur reus, sicut in interdicto unde vi, vel quod vi aut clam" erregen. Es könnte nämlich danach scheinen, als setze Ulpian das Interdictum unde vi oder quod vi aut clam in seiner Wirkung ganz der actio quod metus causa gleich, so daß die für die letztere angegebene Modification der reus haftet nur „si tamen res non peritura fuit, si metum non adhibuisset", auch für die beiden Interdicte gelte, m. a. W. dem violentus

possessor zu Gute komme. Allein Ulpian vergleicht nicht die genannten Interdicte der actio quod metus caussa, sondern umgekehrt die actio quod metus caussa, für den Fall, daß „peritura res non fuit, si metum non adhibuisset", den Interdicten m. a. W. er will sagen, si res peritura non fuit, si metum adhibuisset, haftet der mit der actio q. m. c. Belangte eben so unbedingt für das periculum rei, als der Beklagte bei dem Interdicte unde vi. Daß aber dieser ohne alle weitere Modification das periculum rei trägt, sagt Ulpian selbst an einem andern Orte.[32]) Das „sicut in Interdicto unde vi" etc. in unserer Stelle bezieht sich also nur auf die unmittelbar vorangegangenen Worte „tenebitur reus" nicht auch auf die, gleichsam als Parenthese zu erklärenden Worte „si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset". — So dürfte denn die L. 14 § 11 D. quod metus causa eher gegen als für Thibauts Meinung sprechen, indem sie auf das Schärfste den Gegensatz der Fälle bloßer m. f. possessio und sonstigen unredlichen oder gewaltsamen Besitzes hervorhebt.

v. Wening-Ingenheim beruft sich, wiewohl offenbar mit noch weit minderem Glück, außerdem auf

L. 30 § 1 *D. de iure iurando* (12, 2) — Paulus — Si iuravero te Stichum mihi dare oportere, qui non sit in rerum natura, nec aestimationem mihi praestare reus debet, nisi ex causa furtiva, vel propter moras: tunc enim

32) L. 1 § 34 D. de vi (43, 16) vid. weiter unter S. 391 die Stelle unter B. 1.

etiam post mortem servi aestimatio praestatur.

Paulus stellt hier das furtum und die mora in Betreff ihrer Wirkung auf die praestatio periculi, einander ganz gleich. Somit würde diese Stelle für Wening-Ingenheims Ansicht nur unter der Voraussetzung sprechen, daß dem säumigen Schuldner überhaupt die so oft erwähnte Modification zu Gute komme. Da nun aber eben diese Voraussetzung unbegründet, vielmehr, wie oben dargethan worden, der säumige Schuldner ganz unbedingt für den zufälligen Untergang haftet, muß eben dasselbe für den fur angenommen werden. Auch diese Stelle spricht also geradezu gegen v. Wening-Ingenheims und Thibauts Behauptung. Abgesehen endlich davon, daß die gegnerische Lehre durch die Quellenzeugnisse, die man zu ihren Gunsten anführt, durchaus nicht unterstützt wird, stehen derselben hauptsächlich zwei Umstände entgegen:

1) die allgemeinen Prinzipien der Mora: denn da Diebstahl wie gewaltsame Besitzergreifung eine Mora ex re begründen, so muß auch für sie die allgemeine Wirkung aller Mora, die perpetuatio obligationis eintreten, deren Bedeutung schon oben näher entwickelt, und deren Folge die unbedingte Verpflichtung für den zufälligen Untergang der Sache einzustehen,

2) eine nicht geringe Anzahl von Quellenzeugnissen, in denen von jener vermeintlichen Modification der praestatio periculi für den Dieb wie den violentus possessor nicht im Entferntesten die Rede ist. Die wichtig-

ſten dieſer Stellen mögen hier, da ja auch dieſer Punkt von nicht geringer practiſcher Wichtigkeit, Anführung finden:

A. Den Dieb verpflichten unbedingt zur praestatio periculi:

1) *L.* 30 § 1 *D. de iure iurando* (12, 1) — vergl. oben S. 388.
2) *L.* 7 § 2 *D. de condictione furtiva* (13, 1) — Ulpianus — Condictio rei furtivae, quae rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat; nec tantum, si vivat servus furtivus, sed etiam si decesserit.
3) *L.* 8 § 1 *D. eod.* — Ulpianus — sive ex causa furtiva res condicatur, cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur? Placet tamen, id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit: maxime cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur: semper enim moram fur facere videtur.
4) *L.* 16 *D. eod.* — Pomponius — Qui furtum admittit, vel re commodata vel deposita utendo, condictione quoque ex furtiva causa obstringitur: quae differt ab actione commodati hoc, quod etiam si sine dolo malo et culpa eius interierit res, condictione tamen tenetur: cum in commodati actione non facile ultra culpam, et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur.

Digitized by Google

5) *L.* 20 *D. eod.* — Tryphoninus — Licet fur paratus fuerit excipere condictionem, et per me steterit, dum in rebus humanis res fuerat, condicere eam, postea autem peremta est, tamen durare condictionem Veteres voluerunt: quia videtur qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere.

6) *L.* 50 *pr. D. de furtis* (47, 2) — Ulpianus — In furti actione non quod interest, quadruplabitur vel duplabitur: sed rei verum pretium: sed et si res rebus humanis esse desierit, cum iudicatur, nihilominus condemnatio facienda est.

7) *L.* 2 *C. de condictione furtiva* (4, 8) — Ante oblationem interemptae rei furtivae damnum ad furem pertinere, certissimi iuris est.

8) *L.* 9 *C. de furtis* (6, 2) — Subtracto furto, vel vi abrepto mancipio, quamvis rebus humanis non oblatum fuerit exemptum: tam ad raptorem, quam ad furem periculum redundabit, et uterque eorum poena legitima coercebitur.

B. Eben ſo allgemein und unbedingt machen den violentus rei alienae possessor für deren zufälligen Untergang verantwortlich:

1) *L.* 1 § 34 *D. de vi* (43, 16) — Ulpianus — Denique scribit Julianus, eum qui vi deiecit ex eo praedio, in quo homines fuerant, propius esse, ut etiam sine culpa ejus mortuis ho-

Digitized by Google

minibus aestimationem eorum per Interdictum restituere debeat, sicuti fur hominis etiam mortuo eo tenetur.

2) *L.* 19 *D. eod.* — Tryphoninus — si me de fundo vi deieceris, in quo res moventes fuerint; cum mihi Interdicto unde vi restituere debeas non solum possessionem soli, sed et ea, quae ibi fuerunt . . . subtractis tamen mortalitate servis aut pecoribus, aliisve rebus casu intercidentibus, tuum tamen onus nihilominus in eis restituendis esse: quia ex ipso tempore delicti plus quam frustrator debitor constitutus est.

3) *L.* 7 *C. de condictione ob. turp. causs.* (4, 7), Eum, qui ad restituenda, quae abegerat, pecora pecuniam accepit: tam haec quam ea, quae per hoc commissum tenuit, restituere debere convenit: licet mortua, vel alio fortuito casu periisse dicantur: cum hoc casu in rem mora fuit.

Die einheimischen Quellen unserer Provinzialrechte enthalten über die hier behandelte Lehre gar keine Bestimmungen, daher denn die oben entwickelten Grundsätze des gemeinen Rechts zur Anwendung kommen müssen.

Digitized by Google

XV.

Die Schwedischen Zinsplacate vom 14ten November 1666 und 16ten December 1687 und ihr Verhältniß zum Liv- und Esthländischen Recht.

Von C. G. v. Madai.

Die Schwedische Herrschaft, unter der längere Zeit Liv- und Esthland gestanden, ist nicht ohne Einfluß geblieben auf die Entwickelung des bürgerlichen Rechts dieser beiden Provinzen. Nicht nur sind für dieselben ausdrücklich einzelne Verordnungen während jener Zeit erlassen worden: es strebte zugleich die Regierung danach in ihnen das Schwedische Landrecht als allgemeines Hilfsrecht einzuführen, um dadurch ältere Subsidiarrechte zu verdrängen [1]). Zwar ist dies nicht gelungen, allein es sind doch so manche Bestimmungen des Schwedischen Rechts von der Liv- und Esthländischen Praxis recipirt worden, und haben auf diesem Wege wenigstens gewohnheitsrechtliche Geltung gewonnen. Ist man nun gleich im Allgemeinen über den Grund wie über den Umfang der gegenwärtigen Anwendbarkeit des Schwedischen Rechts in unsern Ostseeprovinzen [2]) einverstanden,

1) v. Bunge. Wie kann der Rechtszustand Liv-, Esth- und Curlands am zweckmäßigsten gestaltet werden? Dorpat 1833 § 5. vgl. auch dessen Liv- und Esthländisches Privatrecht § 7.

2) v. Helmersen. Abhandlungen aus dem Gebiete des Livländischen Adelsrechts. 2te Lieferung. Abhandlung 1.

so wird doch im Einzelnen oft die Entscheidung darüber, was als recipirt zu betrachten sei und was nicht, schwierig, wie überall da, wo der Grad der Geltung eines fremden Rechts seinen Maaßstab lediglich in der durch die Praxis und darauf gegründetes Gewohnheitsrecht vermittelten Reception findet.

In mehr als einer Beziehung gilt dies auch von den in der Ueberschrift näher bezeichneten Zinsplacaten. Ich werde in der nachstehenden Abhandlung versuchen das Verhältniß, in welchem dieselben sowohl zu dem früheren, wie dem gegenwärtigen Liv- und Esthländischen Rechte stehen, etwas näher zu erörtern. Erwägen wir zuvörderst den Hauptinhalt der beiden fraglichen Gesetze.

I.

In dem ersten jener Zinsplacate, vom 14ten November 1666 werden:

1) „Interessen, wozu man sich specifice verpflichtet hat“ und „andere Interessen, welche nicht specifice genannt oder verschrieben sind“ ausdrücklich unterschieden. Welcher Art Zinsen zu diesen letzteren gehören, erhellt aus dem Gesetze selbst, nicht. Die nähere Erörterung dieses Punktes muß hier vorläufig unterbleiben: indeß werden wir weiterhin darauf zurückkommen.

2) Vertragsmäßig bedungene Zinsen sollen das Maaß von 8 Procent nicht übersteigen. Indeß fügt das Gesetz ausdrücklich hinzu, „ausgenommen die Verschreibungen und Contracten, so vor diesem unsern Placat können gemacht und geschlossen sein.“ —

Digitized by Google

3) Dem Gläubiger, der sich mehr als 8 Procent bedungen, steht auf das plus nicht nur keine Klage zu, sondern es soll der bereits gezahlte Ueberschuß an dem Kapitale selbst abgerechnet werden:

4) Zinsen jeder andern Art, die nicht vertragsmäßig stipulirt sind, dürfen nie mehr als 6 Procent betragen. Aus den dabei hinzugefügten Worten: „allermaaßen wie bishero wegen dergleichen Interessens determination bei gerichten und urtheylen gebräuchlich gewesen" ergiebt sich, daß für Zinsen der bezeichneten Art, schon vor Erlassung unseres Gesetzes, 6 Procent der übliche Zinsfuß gewesen.

5) Aller Zinswucher soll auf das ernstlichste gestraft werden nnd zwar mit gänzlichem Verlust des Capitals, und außerdem Erlegung der doppelten Summe an das nächst gelegene Hospital. — Daß diese Strafe, wenigstens zum Theil, schon vor Emanirung des Gesetzes gegolten, erhellt deutlich aus den Worten „bestätigen und verordnen daneben, daß ꝛc."

6) Als Zinswucher, welcher der vorerwähnten Strafe unterliegt, soll betrachtet werden, wenn [3]) „Standes-Personen gegen nothleidende unchristliches Schinden verüben, indem sie Gelder, Getreyde, oder was es sonst sein kann, an denjenigen, der solches bedarf und sichs

3) Ich gebe hier die Uebersetzung des Schwedischen Zinsplacates, die sich in der Livländischen Landesordnung findet. L. O. S. 125.

Digitized by Google

verschaffen muß, mit solchen ungebührlichen und unleidlichen Conditionen, auslehnen, daß inner kurtzen Zeit-Verlauff, sie entweder doppelt an Perseelen oder der Würde, ja auch fast noch höher bezahlen müssen." Dabei ordnet das Gesetz noch eine besondere Berechnungsweise und respective Beschränkung, mit folgenden, an sich allerdings etwas unklaren Worten an, „doch ist hiebey zu observiren, daß bei Taxirung des Quanti und der Würde, auff daß, so ausgeliehen, und nicht, da es wieder bezaht ward, so daß das ausgelobte selbiger Zeit in der Würde zur helffte mehr, als das Gelehnte gewesen, dieser unserer Verordnung unterworfen seyn soll, nicht aber die avance, so ein oder anderer auf Kauff-Wahren thut, verbohten, oder unter diesem Gesetz begriffen, und das Reglement der Interesse, so hierin gebohten, sondern in solchen Fall, steht sowohl Käuffern als Verkäuffern frey, unter sich, best sie können, sich zu vereinigen [4])." — Dieser letztere Passus bezieht sich auf

4) Eine etwas genauere, mehr den Worten des Originals sich anschließende Uebersetzung dieser Stelle, verdanke ich der Güte des Herrn Prof. Dr. Nordström in Helsingfors; sie lautet also: „doch soll hiebei beobachtet werden, daß bei Aufschätzung des quanti und des Werthes des ausgeliehenen, auf den Preis Rücksicht zu nehmen sei, der um die Zeit, als das Darlehn ausgegeben wurde, nach dem Marktpreise galt, aber nicht auf den, der um die Zeit der Rückzahlung des geborgten gilt: so, daß wenn der um dieselbe Zeit (d. h. beim Contrahiren des Darlehns) stipulirte Zinswuchs im Werthe die Hälfte mehr, als was ausgeliehen, ausmacht, dieses dann auch dieser unserer Verordnung unterworfen sein soll." —

Digitized by Google

den, damals wahrscheinlich häufig vorkommenden Getraidezinswucher. Um zu ermitteln ob ein solcher im Sinne des vorliegenden Gesetzes vorhanden, soll lediglich auf die Zeit der Eingehung des Darlehns gesehen, Zinswucher also nur dann angenommen werden, wenn der Darleiher bei Hingabe des Darlehns sich, sei es an Getraide oder an Geld-Werth desselben, so viel versprechen läßt, daß, zahlte der Schuldner sofort, er noch ein halb mal so viel, als er empfangen, entrichten würde. Auf die leicht mögliche Veränderung des Werthes der dargeliehenen Sache in der Zwischenzeit von der Contrahirung des Darlehns und dessen Rückerstattung, soll also bei Beurtheilung etwa vorhandenen Zinswuchers keine Rücksicht genommen werden; z. B. A. borgt am 1ten Jan. 1800 dem B. 100 Scheffel Getraide, und läßt sich die Rückgabe von 140 Scheffel zum 1sten Jan. 1803 versprechen. Wenn nun auch inzwischen der Werth des Getraides steigt, so daß zur Zeit der Rückzahlung die 140 Scheffel so viel werth sind, als im Jahre 1800 etwa 180 Scheffel gewesen sein würden, so darf dies doch nicht als Zinswucher betrachtet und der erwähnten schweren Strafen unterworfen werden. Wenn dann ferner auf Kaufgeschäfte das Gesetz keine Anwendung erleiden soll, so ist damit folgender Fall gemeint: A. verkauft am 1sten März 1830 dem B. 100 Scheffel Getraide, die damals nach dem Marktpreise etwa 100 Rubel gegolten hätten, für 180 Rubel, jedoch die Zahlung des Kaufgeldes soll erst nach Jahresfrist erfolgen. Wiewohl dies scheinbar ein Darlehn mit 80 Procent, unterscheidet es sich

Digitized by Google

von demselben doch darin, daß beim mutuum die Restitution in eadem qualitate et quantitate erfolgen muß, und so kommt hier das Zinsplacat nicht zur Anwendung, es sei denn daß das in Rede stehende Geschäft ein erweislich simulirtes und lediglich in fraudem legis abgeschlossen worden.

Fassen wir nochmals kurz die wesentlichsten Punkte des Gesetzes von 1666 zusammen. Niemand soll beim Gelddarlehn sich höhere Zinsen als 8 Procent stipuliren: sind gar keine Zinsen verabredet, so darf der Richter nur auf 6 Procent erkennen: beim Getraidedarlehn dagegen ist es erlaubt, sich als Zins die Hälfte des Capitals versprechen zu lassen.

Diese Bestimmungen erlitten zum großen Theil eine Abänderung durch das spätere Zinsplacat vom 16ten Decbr. 1687. Hierin heißt es:

1) „keiner soll von dem 1ten Januarii des Jahres 1688 an zu rechnen, schuldig sein zu geben, oder berechtiget sein, mehr als 6 Procent Interesse zu nehmen — — was vor Verschreibung, entweder bereits möchte gemachet sein, oder nach diesem gemachet werden können — — — wofern aber keine Interessen benennet oder verschrieben sind, und darüber ein Streit sich erheben sollte, so soll keiner mit höhern Interessen als 5 Procent beleget werden, doch werden unbezahlte Wechsel und Bodmerey nicht hierunter begriffen, sondern es wird damit nach denen darüber absonderlich verfaßten Verordnungen gehalten". — Demnach werden hier die Con-

Digitized by Google

ventionalzinsen von 8 Procent auf 6 Procent, die übrigen Zinsen von 6 auf 5 Procent herabgesetzt:

2) es soll „bei Verlust des ganzen Capitals (wovon die helffte an dem Angeber, die andere helffte an solche pios usus verfallen sein soll, wozu wir dieselben verordnen werden) so wohl der Banque als allen andern insgemein auf das ernstlichste verbohten sein, unter welchem Vorwande es auch sein mag, höhere Interesse zu geben oder zu nehmen als 6 Procent: im Fall einige Interessen in der Verschreibung benahmet und bedingt worden.“ — Das Zinsplacat von 1687 verschärft also das Zinsgesetz von 1666 insofern, als, während nach diesem letzteren die Ueberschreitung des gestatteten Zinsfußes nur den Abzug der zuviel gezahlten Zinsen von dem Capital zur Folge hatte, das Zinsplacat von 1687 in solchem Fall den Verlust des ganzen Capitals verhängt, das zur Hälfte an den Angeber, zur Hälfte an piae causae fällt.

3) „Weilen im Lande — — — ein Theil von allerhand Standes-Personen gegen die Bedrängten unchristlichen Wucher auf solche Weise verüben, daß sie ihnen in ihrer Dürftigkeit Getrayde und andere Perseelen verschießen, mit solchen ungebührlichen und unleidlichen Bedingungen, daß sie binnen kurtzer Zeit solches doppelt bezahlen müssen: Als haben wir solchen ungebührlichen Bedrück der Armen — — — hiedurch zum strengsten aufs neue verbiethen und daneben setzen und verordnen wollen, daß, wenn einer solcher That bezichtiget und überzeuget wird, soll derselbe erstlich, daß ausgelehnte

Digitized by Google

ganz verbrochen haben und daneben mit verpflichtet sein, dieselbe Summa an das nechste Hospital zweydoppelt zu bezahlen: doch soll daß, was der rechte Preis der Wahren, zur Zeit der Auslehnung gewesen, dem Außleiher auff den Bezahlungs-Termin entweder in selbigen Perseelen oder Gelde, nach dem rechten Werth ausgerechnet, welcher damahls gewesen, als die Ausleihung geschehen, mit 6 Procent des Jahres bezahlt werden, und der, welcher mehr nimt, oder begehret, soll in obgemeldte Strafe verfallen seyn: Sollte auch jemand unter dem Namen eines Tausches oder andern dergleichen Vorwand seinen armen Nächsten so hoch zu vervortheilen suchen, wenn er ihm etwas verstreckt an Getrayde, Fisch oder Saltz, so daß die Beschwerde bei dem Zahlungstermin größer wird, mit den aufflauffenden Interessen 6 pro Centum, sehen wir solches ebenfalls vor ungebührlich und Straff-würdig als das vorige an, aber der Gewinn oder Avance, welche ein oder ander bei einem recht oder richtig geschlossenen Kauff, alsobald empfäng oder auf Zeit bedinget, soll hierunter nicht verstanden werden." — — In der Art der Bestrafung des Zinswuchers stimmt also das Gesetz vom 16. December 1687 mit dem früheren Zinsplacat vom 14. November 1666 durchaus überein. Der Gläubiger soll das Capital verlieren und außerdem den doppelten Betrag desselben an das nächstgelegene Hospital zur Strafe entrichten. Allein die Grenze, von wo ab Zinswucher der verpönten Art anzunehmen, hat das Gesetz von 1687 erweitert. Denn während das Zinsplacat von 1666 beim Getraidedarlehn erst dann

Digitized by Google

Zinswucher annimmt, wenn der Darleiher sich außer dem Capital noch mehr als die Hälfte desselben als Gewinn stipulirt, bringt das Gesetz von 1687 den Begriff des Zinswuchers so wie dessen Strafe auch bei dem Darlehn anderer fungibler Sachen, als Geld, schon dann zur Anwendung, wenn der Gläubiger, sich so viel ausbedingt daß er am Zahlungstage mehr empfangen würde, als den Werth des Gegebenen nach dem Ausleihtage mit 6 Procent Zinsen berechnet. Es soll demnach auch beim Getraidedarlehn der Gläubiger, bei Strafe des Wuchers nie mehr außer dem Capital verlangen dürfen, als was, nach dem Werthe des Geliehenen am Tage der Hingabe 6 Procent entsprach, entweder in natura oder in baarem Gelde. Zugleich verhängt das Gesetz die Strafe des Zinswuchers über alle simulirte Rechtsgeschäfte, deren Zweck ist ein wucherliches Darlehn zu verstecken.

Dies der Hauptinhalt der beiden in Rede stehenden Zinsplacate. Zu richtigerem Verständniß derselben müssen indeß noch einige Punkte nähere Erörterung finden [5]).

1) Er drängt sich von selbst die Frage auf, welches der Zustand der Schwedischen Zinsgesetzgebung vor Emanirung dieser beiden Zinsplacate gewesen? Man möchte vielleicht im Voraus geneigt sein anzunehmen,

---

5) Die Mittheilung der nachstehenden, das Schwedische Recht betreffenden Notizen, verdanke ich gleichfalls dem Herrn Prof. Dr. Nordström.

daß das Römische Recht, dessen allgemeine Verbreitung gerade in jene Zeit fällt, auch in Schweden Eingang gefunden habe. Allein hier hat dasselbe, wenn auch doctrinell, so doch nie positiv auf die Entwickelung des Rechtes eingewirkt. Ja es untersagte Carl XI. um die in Rede stehende Zeit, durch ein Mandat vom 5. October 1683 den Gerichten auf das Strengste, fremde Gesetze zur Grundlage ihrer Entscheidungen zu machen. Wohl aber hat das canonische Recht auf die älteren Gesetze Schwedens, in gewissen Gegenständen namentlich, großen Einfluß gehabt und dahin gehören auch die Gesetze über den Wucher. Die Grundsätze des canonischen Rechts, „usura est lucrifacere fructus rei pignoratae“ ferner „usurarius est, qui a debitore recipit aliquid ultra sortem“ und „fructus rei pignoratae computari debent in sortem“ hatten auch nach den älteren Gesetzen in Schweden volle Rechtskraft, und Klagen gegen Wucherer gehörten vor das forum des Bischofs (statuta magni Erici filii 1344 de censatione usurarum et usurariorum, allgemeines Landrecht von 1442 VII. 27). Indeß ließ man dadurch sich nicht abschrecken Wucher zu treiben, und Geld auf Zinsen auszuthun, ja beim Getraidedarlehn das Doppelte zur Wiedererstattung sich auszubedingen. Die Gesetzgebung mußte endlich von der Regel, jede Zinsenberechnung sei Wucher, abgehen. Durch eine königliche Verordnung vom 29ten December 1597 wurde es gestattet, für dargeliehenes Getraide, bei der Zurückzahlung den vierten Theil des Geliehenen als Zins zu nehmen, und durch eine andere Verordnung

vom 25 Februar 1598 ward der Geldzinsenfuß, ohne Unterschied ob die usurae conventionales oder a iudice definitae oder ex mora, zu 6 Procent festgesetzt. Wucher war also nun, was drüber genommen wurde. Indessen diese Gesetze wurden auf allerlei Art umgangen und im täglichen Leben wenig beachtet. Besonders ließen sich wohlhabendere Personen derartige ungerechte Bedrückungen gegen die Aermeren zu Schulden kommen, was zu harten Klagen auf den Reichstagen Veranlassung gab. In Folge dessen ward das Zinsplacat vom 14. November erlassen, das, wie oben erwähnt, die usurae conventionales auf 8, alle übrigen Zinsen auf 6 Procent festsetzt, beim Getreidedarlehn dagegen, die Hälfte des Capitals als Zinsen zu nehmen gestattete; bis das zweite Zinsplacat von 1687 die usurae conventionales auf 6, die übrigen Zinsen auf 5 Procent beschränkte und auch das Getraidedarlehn den gewöhnlichen Zinsbeschränkungen unterwarf. Die Bestimmungen dieses letzgenannten Gesetzes sind, beiläufig, in das noch gegenwärtig in Schweden und Finnland geltende, auf dem Reichstage von 1734—1736 von den Ständen angenommene Landrecht übergegangen, nur besteht die jetzige Strafe des Wuchers im Verlust des zehnten Theils des Capitals und aller Zins

2) Sowohl das Zinsplacat von 1666 als das von 1687 hebt bei Bestimmung des Zinswuchers insbesondere die Bedrückungen hervor, welche „Standes-Personen“ gegen Nothleidende und Bedrängte sich zu Schulden kommen lassen. Man könnte sich dadurch versucht fühlen,

Digitized by Google

an das Zinsverbot des Römischen Rechts für personae illustres zu denken. Allein solche Zusammenstellung würde durchaus unrichtig sein. Das Schwedische Recht macht, wenn auch in Betreff des fori, so doch nie rücksichtlich materieller Rechtsbestimmungen einen Unterschied zwischen Personen verschiedener Stände. Im Gegentheil ist Gleichheit aller vor dem Gesetze ein unveränderlich befolgter Grundsatz. Der Ausdruck „Standes-Personen" hat vielmehr in den Schwedischen Gesetzen eine eben so allgemeine Bedeutung als er im gewöhnlichen Leben allgemein angewendet wird. In diesem Sinne gehören zu den „Standes-Personen" alle, die nicht Bauern sind, also: Edelleute, Priester, Kaufleute und andre Bürger, Beamte jeder Art, Gelehrte, Hüttenwerksbesitzer, kurz alle, die, wenn man die Klasse der Bauern als die unterste annimmt, den höheren Klassen beigezählt werden. Beide Zinsplacate wollen also nur sagen: da selbst die Aufgeklärteren von der Armuth der untersten Klasse in der Art Nutzen ziehen, daß sie einen unchristlichen Wucher mit ihnen treiben, so — ꝛc. Keineswegs also darf man, an die personae illustres des Römischen Rechts denkend, daraus folgern, das Gesetz finde keine Anwendung zwischen Bauer gegen Bauer, denn es war vielmehr für alle gleich bindend, der Wucherer mochte nun Standesperson oder Bauer sein.

3) Wenn sowohl das Gesetz von 1668 als das von 1687 wiederholt und ausdrücklich zwischen „Interessen, worzu man sich specifice verpflichtet hat" und „Interessen welche nicht specifice benandt und verschrieben

sind" unterscheidet, so entsteht nothwendig die Frage, was zu den Zinsen der letzteren Art zu rechnen sei? Eine ausdrückliche Antwort hierauf finden wir freilich in den Schwedischen Gesetzen nicht. Sowohl die älteren wie die späteren Gesetze begnügen sich damit beide Arten der Zinsen einander gegenüber zu stellen, ohne näher anzugeben was zu den einen, was zu den andern zu zählen. Daß man die nähere Entscheidung darüber dem Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht anheimgestellt, darauf dürften unter andern die Worte des Zinsplacates von 1666 hinweisen „aber alle andere Interessen angehende, welche nicht specifice benandt oder verschrieben, damit soll man sich dergestalt verhalten, daß man sie auf 6 Procent moderire, allermaaßen wie bisher wegen dergleichen Interessens determination bei Gerichten und Urtheilen gebräuchlich gewesen." Dies Verfahren aber erscheint um so mehr erklärlich, da man alle nicht verschriebene Zinsen, als Verzugszinsen betrachtete, die allerdings in den meisten Fällen eine richterliche Entscheidung über die Existenz eines Verzuges, als einer culposen Verzögerung voraussetzen. Keinesfalls darf man jedoch bei den in den Schwedischen Gesetzen erwähnten „Interessen welche nicht specifice benandt oder verschrieben sind" an die einzelnen Arten der s. g. usurae legales des Römischen Rechts denken. Dies erhellt eines Theils im Allgemeinen schon aus dem, was oben über das Verhältniß des Römischen zum Schwedischen Recht bemerkt worden ist. Andern Theils ergiebt es sich auch deutlich aus der in der zweiten Hälfte des

17ten Jahrhunderts von Johannes Loccenius [6]) verfaßten Darstellung des Schwedischen Rechts, in welcher der usurae legales des Römischen Rechts mit keiner Sylbe gedacht wird, während von den Verzugszinsen, als einziger Art der Zinsen außer den usurae conventionales, ausführlich die Rede ist.

II.

Nachdem im Vorstehenden der Inhalt der beiden fraglichen Zinsplacate, so wie ihr gegenseitiges Verhältniß zu einander entwickelt worden ist, wenden wir uns zu dem zweiten Haupttheil unserer Untersuchung, nämlich zu der Erörterung der Frage, welche Bedeutnng haben jene Gesetze für das einheimische und zwar zunächst Livländische Recht gehabt, und haben sie noch jetzt?

Es ist von Wichtigkeit, daß wir uns zunächst den Zustand der Zinsenlehre in Livland vor Emanirung jener Zinsplacate klar zu machen versuchen. Freilich sind wir dabei nur auf wenige und vereinzelte Data verwiesen, doch läßt, cambiniren wir dieselben gehörig, mit ihrer Hülfe sich ein ziemlich deutliches Bild, und zwar mit mehr als bloßer Wahrscheinlichkeit, entwerfen. Livland war bis zum Jahre 1561 eine Provinz des Deutschen Reichs Es läßt sich daher schon im Voraus erwarten, daß auch hier das allgemeine Zinsverbot des canonischen

---

6) Johannis Loccenii synopsis iuris publici et privati ad Leges suecanas accommodata. editio tertia. Gothoburgi 1673, dissertatio XI. quaestio 1.

Rechts gegolten habe. Diese Vermuthung wird zur Gewißheit erhoben durch eine Art Kirchenordnung [7]), die der Erzbischof von Riga, Hennig Scharffenberg, zwischen den Jahren 1424 bis 1488, nicht nur für das Erzstift Riga, sondern auch für seine sämmtlichen Suffraganeen erlassen, in der sich ein ausdrückliches Verbot, Zinsen von irgend jemand zu nehmen, unter Androhung des Verlustes der kirchlichen Rechte, findet [8]): offenbar

---

7) Sie führt den Titel: „Statuta per provinciam Rigensem per dominum Archiepiscopum decreta". In der aus dem geheimen Archive zu Königsberg entnommenen, auf der Dorpater Universitäts-Bibliothek befindlichen Abschrift findet sich, als nähere Bezeichnung des Inhaltes, folgende Notiz über dieses, in der That sehr interessante Actenstück „Kirchenordnung für Livland und sämmtliche Suffraganeen des rigischen Erzbischofs Hennig, nebst den Provincialstatuten des Bisthums Ermeland von 12. Mai 1449" — vgl. das Nähere darüber bei v. Bunge Beiträge zur Kunde der Liv-, Esth- und Curländischen Rechtsquellen S. 62. Desgleichen Sonntag Aufsätze und Nachrichten für protestantische Prediger im Russischen Reich. Bd. 1. Abhandlung 1. Riga 1811. 8.

8) Da das in Rede stehende Statut bisher noch ungedruckt ist, so erlaube ich mir wenigstens den unsere Lehre betreffenden Titel hier mitzutheilen, woraus am besten das Verhältniß in welchem die ganze Arbeit zu den Decretalen Gregors IX. steht, erhellen wird. Es heißt im Tit. 38 de usuris. — Ordinarius loci compellet creditores usurarios per censuram ecclesiasticam, ut a debitoribus usuram non exigant, et quod illicita iuramenta a debitoribus eis super usuram solvenda praestita relaxent, pignus integraliter restitui debent debitori, quando creditor vel ab eo causam habens tantum de fructu pignoris perceperit, quod deductis expensis satisfactum sit sorti principali ut sub pena damnationis eterne aliquid ultra exigere debent et quod per ordinarium loci ad id per ecclesiasticam censuram compellantur. — Usurarii manifesti de

Digitized by Google

geschöpft aus den Decretalen Gregors IX., die überhaupt die Hauptquelle des erwähnten Provincial-Statutes sind. Ließe sich, bei so unzweideutig redendem Zeugniß, überhaupt die Reception der canonischen Zinsverbote in Livland noch bezweifeln, so könnte auch hingewiesen werden, theils auf eben so bestimmte darauf hindeutende Aeußerungen in dem im Jahre 1643 von Engelbrecht von Mengden verfaßten Entwurf des Livländischen Landrechts, worin es

---

Usura convicti vel palam confessi vel pro usurariis publici proclamati aut hij de quibus per evidenciam facti constat, sunt excommunicandi quolibet anno singulis dominicis diebus immediate quatuor tempora sequentibus et eciam in adventu domini et quadragesima infra missarum sollemnia per singulas ecclesias parrochiales nominatim eos exprimendo, oblaciones eorum non recipiantur nec ad communionem nec sepulturam ecclesiasticam admittantur nisi in vita de usuris satisfecerint vel caucionem de satisfaciendo prestiterint. Sepelientes tales sunt excommunicati ipso facto heredes quod (quoque?) eorum quantum ad eos de pecunia fenebri huiusmodi restituere per censuram ecclesiasticam compellantur. Rectores parrochialium ecclesiarum negligentes in premissis vel oblaciones recipientes ab eis donec receptas restituerint et pro commissa negligentia satisfecerint a sui officii execucione suspendantur. Occulti usurarii pro absolucione ad Episcopum loci remittantur nec ab illo absolvantur nisi infra terminum assignandum usuras restituerint vel satisfacere promiserint iuxta posse. — Mutuare sex marcas et pro eis recipere annuatim sex marcas minus vel maius cum pacto de sorte integra repetenda usuram declaramus — Mutuantes frumentum sub determinata (docciata) mensura videlicet cum modio in superficie planifacto cum baculo, et solutionis tempore repententes modium cumulatum vel alio modo cum augmento usura declaratur. — Dicentes exercere usuras non esse peccatum, suspecti sunt de heresi. Et ideo per locum ordinarios tamquam contra suspectos de haeresi procedatur.

Digitized by Google

unter anderm heißt, daß „Christenliebe und Vorschrift göttlicher Gesetze es eigentlich jeder Mann zur Pflicht mache, daß er mit der Uebermaaße, die ihm der Allmächtige bescheeret, seinen Nächsten so ers bedarf, ohne einige Usuren, Vortheyl und Gewinnst aus hülfe" — Aeußerungen die durchaus im Sinne des canonischen Rechts sind —: theils auf das frühzeitige Vorkommen des Rentenkaufs in Livland, dessen man wahrscheinlich auch hier zur Umgehung der Zinsverbote sich bediente. So lange nun Livland Theil des deutschen Reichs war, hatten daselbst natürlich auch die, während dieser Zeit erlassenen deutschen Reichsgesetze über Wucher und Zinsen, volle verbindliche Kraft. [9]) Dahin gehören in Betreff des Wuchers der Reichsabschied von 1500 Tit. 32, die Reichspolizeiordnung von 1530 Tit. 26 § 1—8, der Reichsabschied von 1532 Tit. 8 und die Reichspolizeiordnung von 1548 Tit. 17 § 1—8; denen zufolge nicht nur jeder wucherliche Contract für unverbindlich und nichtig erklärt, sondern auch „zu deme derjenig, so solchen wucherlichen Contract geübt, den vierten Theil seiner Hauptsummen verlohren, und derselbig seiner bürgerlichen Obrigkeit, an etlichen Orten Erbgericht genannt, heimgefallen und auf solchen vierten Theil durch dieselbig bürgerliche Obrigkeit gestraft" werden soll. [10]) Daß diese, beson-

9) Vgl. v. Bunge „über die Anwendbarkeit der deutschen Reichsgesetze in den Ostseeprovinzen" in diesen Erörterungen Bd. I. Heft. 3 Abhdlg. XII.

10) Gerstlacher Handbuch der deutschen Reichsgesetze Thl. X. S. 2119 ff.

ders in den Reichspolizeiordnungen von 1540 und 1548 enthaltenen Bestimmungen namentlich auch für Livland gesetzliche Norm geworden, kann um so weniger in Zweifel gezogen werden, da gerade auf den beiden Reichstagen von 1530 und 1548 die verschiedenen Landesherrn in den deutschen Ostseeprovinzen — der Meister des deutschen Ordens in Livland, der Erzbischof von Riga, die Bischöfe von Dorpat, Oesel, Curland und Reval — als deutsche Reichsfürsten, theils persönlich, theils durch Bothschafter repräsentirt, zugegen waren. Aus demselben Grunde muß die Vorschrift der beiden Polizeiordnungen von 1530 und 1548, daß beim Rentenkauf niemand mehr als 5 Procent sich stipuliren dürfe, auch auf Livland bezogen werden. Ob es in Livland, zur Zeit seiner Trennung vom deutschen Reiche, dem Gläubiger bereits gestattet gewesen, an Stelle des Ersatzes des, ihm durch die verzögerte Zahlung seines Schuldners entstandenen, jedoch nicht erst umständlich zu erweisenden Schadens ohne Weiteres 5 Procent als Interesse morae einzuklagen, läßt mit Bestimmtheit sich nicht ermitteln. Gesetzlich ist freilich diese Berechnung den Gläubigern erst durch den Deputationsabschied von 1600 (also nach der Trennung Livlands von Deutschland) zugestanden worden[12]): allein da schon in früheren Kammergerichtsurtheilen aus den Jahren 1532, 1539 und 1541 sich

11) v. Bunge a. a. O. S. 298. Note 18.
12) Gerstlacher a. a. O. Th. X. Buch II. § 87 S. 2132.

Spuren der in Rede stehenden Vergünstigung finden,[13]) so wäre es nicht unmöglich, daß ein ähnlicher Gerichtsgebrauch sich auch in Livland, nach dem Vorgange jenes höchsten Reichsgerichts, gebildet. Was aber die vertragsmäßig stipulirten Zinsen betrifft, so dürften diese zur damaligen Zeit in Livland noch nicht statthaft gewesen sein. Nicht nur ist vor dem Jahre 1570 vom Reichskammergericht nie auf usurae conventionales erkannt worden,[14]) sondern es gehörte selbst noch um das Jahr 1577 zu den besonderen Bedenken des Reichskammergerichts,[15]) ob es überhaupt statthaft sei usurae ex stipulatu zu adjudiciren, da dem das allgemeine damals noch geltende Zinsverbot des canonischen Rechts entgegenstand. Wenn nun gleich gegen das Ende des 16ten Jahrhunderts die Römische Zinsenlehre in Deutschland immer mehr und mehr Eingang gewann,[16]) zunächst in Protestantischen Ländern, bei sinkendem Ansehn des canonischen Rechts, so fällt diese Umwandlung der Rechtsansicht doch in die Periode bereits erfolgter Trennung Livlands von Deutschland, so daß ein Uebergang der Römischen Zinsentheorie in das Livländische Recht von

13) Gerstlacher a. a. O. § 86 S. 2128.

14) Gerstlacher ebendas. S. 2128.

15) Dies erhellt aus einem Schreiben des Cammerrichters weiland Marquard, Bischofen zu Speyer, zwischen den Jahren 1569 und 1577. Gerstlacher a. a. O. S. 2131.

16) Eichhorn Einleitung in das deutsche Privatrecht. 4te Ausg. Th. 2. B. 2 § 108 und desselben deutsche Rechtsgeschichte 4te Ausg. Th. IV. § 573.

dieser Seite her durchaus nicht nachgewiesen werden kann. Eben so wenig aber aus der Periode der Polnischen Herrschaft über Livland. Vielmehr dürfte ein zwar indirectes, jedoch deshalb nicht minder gewichtsvolles Zeugniß gegen die etwa behauptete Reception der Römischen Zinsenlehre, der am Ende des 16ten Jahrhunderts von David v. Hilchen verfaßten Landrechtsentwurf für Livland, darbieten. Während nämlich in der Mehrzahl der in demselben behandelten Lehren ein unverkennbarer Einfluß des Römischen Rechts hervortritt,[17]) findet sich nicht die leiseste Spur der Römischen Zinstheorie. Dagegen scheint nach der im Jahre 1621 erfolgten Eroberung Livland's durch Schweden, sehr bald das Schwedische Zinsrecht Eingang gewonnen zu haben. Dafür spricht der um das Jahr 1643, also 22 Jahre später, verfaßte Engelbrecht von Mengdensche Landrechtsentwurf, der allgemein den Gläubigern 8 Procent zu nehmen gestattet. Beim ersten Anblick könnte freilich die Herleitung dieser Bestimmung aus dem Schwedischen Recht willkührlich erscheinen, indeß verliert sich dieses Bedenken, erwägen wir etwas genauer das Verhältniß jener Bestimmung zum Schwedischen Recht. Hier hatte das Gesetz von 1592 den Zinsfuß auf 6 Procent angeordnet, das Zinsplacat von 1666 usurae conventionales, auf 8 Procent erhöht. Jeden Falls also ist in dem

17) Vgl. hierüber v. Helmersen Abhandlungen aus dem Gebiete des Livländischen Adelsrechts. Zweite Lieferung. S. 6. Note 4.

Schwedischen Recht zwischen den Jahren 1592 und 1666 eine Umwandlung in der Rechtsansicht über die Höhe erlaubten Zinsmaaßes vor sich gegangen und zwar, da wir ein Gesetz dafür nicht aufzuweisen vermögen, wahrscheinlich durch Gewohnheit. Wenn nun der Engelbrecht von Mengdensche Entwurf, dessen Abfassung gerade in jene Zwischenzeit von 1592 und 1666 fällt, die 8 Procent als erlaubten Zinsfuß aufgenommen hat, so liegt wohl die Vermuthung sehr nahe, daß hier das Schwedische Recht eingewirkt habe. Eine interessante Abweichung aber unseres in Rede stehenden Entwurfes von dem spätern Zinsplacat von 1696 zeigt sich darin, daß während dieses letztere im Uebertretungsfalle die Stipulation über den Betrag von 8 Procent bloß für nichtig und unwirksam erklärt und nur Abrechnung des Mehrgenommenen von dem Kapital verordnet: der Engelbrecht von Mengdensche Entwurf in solchem Falle den Gläubiger selbst der erlaubten Zinsen verlustig erklärt und sogar dem fiscus gestattet, das gegen solches Verbot dem Creditor Gezahlte abzufordern und ad pios usus zu verwenden.[18]) — Daß nun die beiden Zins-

18) Engelbrecht v. Mengden Landrecht des Fürstenthum Livlands. Buch II. Cap. 23. § 12. „Darum so ordnen und wollen Wir solche Zinsrechnung auf 8 von 100 hinführo regulariter gemäßigt und nachgelassen haben, und so ferne sich darüber jemand unterstände etwas mehr zu nehmen, so soll er auch der zugelassenen Interesse vom ganzen Jahr, so oft er ein übriges genommen dadurch verlustig werden, die der Debitor auf allen Fall, wann die Interesse schon erleget, vom Hauptstuhl ab-

Digitized by Google

placate von 1666 und 1687 auch für Livland geltendes Recht geworden, und, soweit nicht das erstere derselben durch das spätere abgeändert worden, noch gegenwärtig sind, erweist nicht nur ihre Aufnahme in die Livländischen Landesordnungen, sondern wird auch durchgängig von späteren Landrechtsentwürfen, z. B. dem Budberg-Schraderschen und in den Schriften älterer wie neuerer Practiker ausdrücklich anerkannt. [19]).

Wenn nun oben schon für das Schwedische Recht die Frage aufgeworfen werden mußte, was für Zinsen nach den beiden Zinsplacaten, außer den ausdrücklich stipulirten in Anspruch genommen werden können? so wiederholt sich hier dieselbe und mit verdoppeltem Gewicht. Es handelt sich um die Entscheidung darüber, ob die usurae legales des Römischen Rechts gegenwärtig in Livland als geltend betrachtet werden dürfen? Um die besondere Wichtigkeit dieser Frage hervorzuheben, wird es nicht unangemessen sein hier kurz die Fälle, in denen das Römische Recht auch ohne voraufgegangene Zinsstipulation Zinsen zu fordern gestattet, namhaft zu machen. Es soll nämlich 1) abgesehen von den Verzugs-

---

zukürzen, darwider dem Creditorn keine renunciatio schützen soll, und da solches der Creditor (?) dem Debitori nachlassen wollte, so soll es die Herrschaft abzufordern und ad pios usus zu wenden befugt seyn.

19) Budberg-Schrader „des Herzogthum Liefslands Ritter- und Landrecht" Buch IV. Titel XV. § 2. Janckiewitz speculum iuris Livonici s. v. Interessen. Nielsen die Prozeßform in Liefland. 2te Aufl. 1825 § 876.

Digitized by Google

zinsen. 2) derjenige dessen Geld von andern verwaltet wird, von dem Verwalter Zinsen fordern können, wenn dieser das fremde Geld sei es ganz unbenutzt liegen gelassen oder es zum eigenen Vortheil verwendet. So vom Mandatar, dem negotiorum gestor, dem Vormund und Verwalter öffentlicher Gelder.[20]) 3) Wer eigenes Geld bei der Verwaltung fremder Angelegenheiten aufwendet, kann verlangen, daß ihm seine Auslagen mit Zinsen erstattet werden.[21]) 4) Wer die Entrichtung einer dos versprochen, muß, wenn er sie nicht eingezahlt und zwei Jahre nach Eingehung der Ehe bereits verstrichen sind, Zinsen zahlen, auch ohne daß ihn im Uebrigen der Vorwurf einer mora trifft.[22]) 5) Der Käufer einer Sache muß, wenn kein Zahlungstermin festgesetzt worden, das nicht gezahlte Kaufgeld von dem Tage an verzinsen, da er selbst in den Besitz der gekauften Sache gesetzt worden.[23]) 6) Restituirt der Mann bei Auflösung der

---

20) L. 12 § 10 D. mandati (17, 1). L. 19 § 4 D. de negotiis gestis (3, 5). L. 31 § 3 D. eod. L. 7 § 3 et 11 D. L. 15 D de administratione tutorum (26, 7). L. 9 pr. D. de administratione rerum ad civit. pertinent (50, 8). L. 17 § 7 D. de usuris.

21) L. 12 § 9 mandati (17, 1). L. 19 § 4 D. de negotiis gestis (3, 5). L. 18 C. eod. (2, 19). L. 3 § 1 D. de contraria tutelae act (27, 4). L. 67 § 2 D. pro socio (17, 2).

22) L. 31 § 2 C. de iure dot. (5, 12). Gegen die Ansicht daß die hierin angeordneten Zinsen Verzugszinsen, vgl. meine Lehre von der Mora. § 31 S. 196 ff.

23) L. 18 § 1. D. de usuris (22, 1). L. 13 § 20 D. de act. emti (19, 1). L. 5 D. eod. L. 2 C. de usuris (4, 49). Pauli sent. rec. II. 17 § 19. Auch diese Zinsen hat man nicht selten

Ehe innerhalb eines Jahres die Dotalsachen nicht, so muß er von Ablauf des Jahres an die Kapitalien, auch ohne durch Mahnung in Verzug versetzt zu sein, verzinsen.[24]) 7) Minderjährige können jeder Zeit von ihren Schuldnern, wenn diese nicht rechtzeitig Zahlung leisten, Zinsen in Anspruch nehmen, auch ohne daß eine Mora concurrirt.[25]) 8) Der Fiscus kann auch ohne daß er sich Zinsen ausbedungen, von seinen Schuldnern Zinsen fordern.[26]) 9) Wer rechtskräftig zur Zahlung einer Summe verurtheilt worden ist, muß von dem Ablaufe der Frist an, die ihm zur Anschaffung der Zahlungssumme bewilligt worden ist, Zinsen zahlen.[27])

Man könnte nun zu Gunsten dieser Zinsen so argumentiren. Da das Römische Recht in Livland als ein subsidäres recipirt worden, so steht dem nichts entgegen, daß jemand, wenn auch nicht nach einheimisch provinciellen, so doch auf Grundlage des Römischen Rechts in den bezeichneten Fällen Zinsen in Anspruch nehme. Er müßte dazu vollkommen berechtigt erachtet werden, da das Römische Recht neben dem einheimisch provinciellen

---

irrig als Verzugszinsen betrachtet, vgl. meine Lehre von der Mora § 30 S. 191 ff.

24) Lun. § 7 C. de rei uxoriae actione (5, 13).

25) L. 87 § 1 D. de leg. II. L. 3 C. in quibus causis in integr. rest. (2, 41). L. 5 C. de actionibus emti (4, 49), vgl. meine Lehre von der Mora § 26.

26) L. 17 § 5 et 6. L. 43 D. de usuris. Nicht selten werden auch diese Zinsen unrichtig als Verzugszinsen betrachtet, vgl. meine Mora § 26 S. 160 ff.

27) L. 2 et 3 C. de usuris rei iudicatae (7, 54).

Digitized by Google

überall zur Anwendung kommt, wo das letztere entweder gar keine oder doch keine widersprechenden Bestimmungen aufweisen kann.

Ich halte indeß diese Ansicht, wiewohl sie in unsern Ostseeprovinzen sehr verbreitet zu sein scheint, für durchaus unrichtig. Meine Gründe sind diese:

1) Es ist das Römische Recht, wie überhaupt nirgends, so auch bei uns nicht in solle recipirt worden: man müßte ja sonst annehmen, daß z. B. das Recht seine neugeborenen Kinder im Falle der Noth zu verkaufen,[28]) dem Vater noch gegenwärtig zustehe, da weder ein ausdrückliches Verbot noch eine sonst entgegenstehende Bestimmung sich in unserm Provinzialrecht findet. Vielmehr muß jeder Zeit wie im Allgemeinen, so im Einzelnen die wirklich erfolgte Reception der Römischen Rechtssätze, deren Anwendbarkeit man behauptet, dargethan werden. Besonders unerläßlich dürfte dies in solchen Fällen sein, wo auf Grundlage des recipirten Rechtes Vergünstigungen in Anspruch genommen werden, die mehr oder weniger den Character eines beneficium iuris tragen.

Nun aber ist oben[29]) gezeigt worden, daß die Römische Zinstheorie in Livland weder zu der Zeit, da es noch Theil des Deutschen Reiches gewesen, noch auch später, da dasselbe unter Polnischer und dann unter Schwedischer Herrschaft gestanden, Eingang gefunden,

---

28) L. 2 C. de patribus qui filios suos distr. (4, 43). Pauli sent. rec. V. 1. § 1.

29) Vgl. oben S. 406—414.

Digitized by Google

daß vielmehr die Schwedische Zinsgesetzgebung, der die usurae legales des Römischen Rechts ebenfalls fremd sind, allgemein sich auch in Livland verbreitet. Wer also die Anwendbarkeit der Römischen usurae legales für Livland behauptet, mußte vor allen Dingen den Beweis führen, daß dieselben in unsre Praxis übergegangen. Daß dieses nun aber nicht geschehen, ergiebt sich deutlich, wenn wir:

2) die älteren Entwürfe und Darstellungen des Livländischen Landrechts zu Rathe ziehen. Was zuvörderst den Engelbrecht v. Mengdenschen Entwurf betrifft, so ist schon oben erwähnt worden, daß in demselben das Maaß der Zinsen auf 8 Procent angeordnet worden, und zwar unter sichtbarem Einflusse des Schwedischen Rechts [30]). Aus der ganzen Fassung des betreffenden Paragraphen erhellt, daß darin nur von usurae conventionales die Rede sei. Im Uebrigen werden in dem genannten Entwurf nur noch Verzugszinsen, als interesse morae entfernt erwähnt. Es heißt nämlich a. a. O.:

> Bd. II. Cap. 22. § 11 — Wenn es sich aber zutrüge (wie es oft geschieht), daß der mutuator oder Schuldner auf geschehene Anforderung oder auf angesetzten Termin und Ziel nicht Bezahlung thäte: so soll er die Schuld mit sammt Interesse, Schaden und Unkosten, ob einiger darauf ginge, es sey verschrieben oder nicht, zu bezahlen schuldig

30) Vgl. Note 18.

sein; jedoch des Richters Moderation und Mäßigung hierinnen vorbehalten.

Von den übrigen Fällen der usurae legales ist in dem genannten Entwurfe mit keiner Silbe die Rede. Eben so wenig in dem um das Jahr 1737 verfaßten Budberg-Schraderschen Entwurf eines Landrechts für Livland, wiewohl die Zinsenlehre darin mit ungleich größerer Ausführlichkeit behandelt wird. Es ist derselben ein besonderer Titel von 15 Paragraphen gewidmet [31]). Zunächst wird (§ 1—3) und zwar unter ausdrücklicher Berufung auf die beiden Schwedischen Zinsplacate, das maximum der usurae conventionales, auf 6 Procent festgestellt, mit Wiederholung der in dem zweiten Zinsplacat angeordneten Strafe der Uebertretung, nämlich Verlust des ganzen Capitals, dessen eine Hälfte dem Angeber zuerkannt, die andere Hälfte aber ad pios usus verwendet werden soll. Die Paragraphen 4—9 handeln von versteckten wucherischen Geschäften, ebenfalls mit Beziehung auf die betreffenden Anordnungen der Schwedischen Zinsplacate, § 9—11 von den Verzugszinsen, deren Maaß auf 5 Procent gestellt wird, § 11 von usurae usurarum, § 12 vom Stillstand des Zinsenlaufes, während einer mora accipiendi Seitens des Gläubigers, § 13 von der Ermäßigung der usurae conventionales während eines Krieges, auf 3 Procent [32]), § 14 von usurae ultra al-

31) Budberg-Schrader, des Herzogthums Liefland Ritter- und Landrecht. Buch IV. Tit. 15.

32) Diese Bestimmung wird gegründet auf ein Hofgerichts-

terum tantum und § 15 von der Stellung der Zinsen im Concurse, so wie in dem Falle, da jemand bonis cedirt hat: und zwar sollen hier die Zinsen erst nach Bezahlung sämmtlicher Capitalschulden in Betracht gezogen werden. Daß bei dieser so ausführlichen Darstellung der Zinsenlehre der usurae legales gar nicht gedacht wird, spricht gewiß nicht wenig für die Richtigkeit der von mir aufgestellten Behauptung. Janckiewitz kennt in seinem speculum oder promptuarum iuris Livonici, verfaßt um 1782 [33]), außer den usurae conventionales ebenfalls nur Verzugszinsen. Eben so Nielsen [34]) in seiner Darstellung des Livländischen Prozesses. Ja es sagt dieser letztere ausdrücklich „eben so werden von Rechnungs- und dem ähnliche Forderungen keine Renten be-

urtheil von 1664. Interessant ist, daß nach einem Landtagsbeschluß vom 26. März 1716 in Esthland, tempori belli, ebenfalls nur 3 Procent genommen werden sollen, wenn man kein handhabendes Pfand gehabt. Gleichwohl hat das Oberlandgericht anno 1717 den 30. März gesprochen, daß auch in diesem casu da Gold- und Silberpfand gegeben worden, und sechs Procent verschrieben gewesen, nur drei Procent bestanden wird; dagegen ist eodem anno den 2. April das contrarium gesprochen, und in der Kursell-Nierothschen Sache ersterem, tempori belli, weil er die verschriebene Hypothek Kukofer wirklich besessen und in Händen gehabt, die verschriebenen 6 Procent adjudicirt. Vgl. Riesenkampfs Marginalien zum IV. Buch. Tit. 2. Art. 1 des Esthländischen Ritter- und Landrechts. — Nach einem früheren Landtagsbeschluß zu Reval 1587, und einer Resolution König Gustav Adolphs 1629 den 5. Mai sollten „tempore belli, und da die Debitoren ihre Güter gar nicht besessen, gar keine Interessen gefordert werden". Riesenkampfs Marginalien a. a. O. zu B. IV. Tit. 3. Art. 2.

33) Vgl. oben Note 19.

34) Vgl. Note 19.

zahlt, als nur von dem Tage ab, der durch eigene Festsetzung des Schuldners, oder durch ein rechtskräftiges gerichtliches Urtheil zum Zahlungstage bestimmt worden. In einem solchen Falle kann aber der Gläubiger nur Weilrenten fordern, und so ist auch mehrmalen bei hiesigen Behörden und auch vom Kaiserlichen Hofgerichte erkannt worden." Von besonderem Interesse ist diese Aeußerung deshalb, da aus ihr hervorgeht, daß man das Recht des Verkäufers, vom Tage der Tradition der verkauften Sache an, Verzinsung des noch nicht gezahlten Kaufgeldes von dem Käufer zu fordern, in Livland, wenigstens in der Praxis, nicht anerkenne.

Fassen wir das Bisherige zusammen, so dürfte sich daraus ergeben, daß die usurae legales des Römischen Rechts in Livland zu keiner Zeit recipirt worden sind, und demnach nicht als geltendes Recht betrachtet werden können [35]). Vielmehr dürfen, außer den usurae conventionales nur Verzugs- oder Weilrenten in Anspruch genommen werden, zu welchen letzteren auch die usurae rei iudicatae gehören und zwar gewöhnliche usurae morae vom Tage der gerichtlichen oder außergerichtlichen Mahnung, wenn nicht im Voraus ein bestimmter Zahlungstermin festgesetzt und dieser nicht gehalten worden, usurae

35) Demnach dürfte es nicht ganz richtig sein, wenn v. Bunge in seinem Liv- und Esthländischen Privatrecht § 190 lehrt: „das Provincialrecht unterscheidet vertragsmäßige und nichtvertragsmäßige (gesetzliche) Zinsen, unter welchen letzteren vorzüglich die Verzugszinsen vorkommen" — vielmehr kennt das Provincialrecht keine andere gesetzliche Zinsen, als Verzugszinsen.

Digitized by Google

rei iudicatae, vom Ablaufe des Tages an, der in dem richterlichen Zahlungsurtheil angeordnet worden.

III.

Aehnlichen Einfluß, wie in Livland, haben die beiden Schwedischen Zinsplacate in Esthland gehabt. Daß sie auch hier recipirt worden, leidet nach dem was weiterhin darüber mitgetheilt werden wird, keinen Zweifel. Zuvörderst ist hier darauf aufmerksam zu machen, daß dadurch einige Bestimmungen des Esthländischen Ritter- und Landrechts außer Kraft gesetzt worden sind. Das letztere nämlich ordnet B. IV. Tab. 3. Art. 4. als Strafe des Zinswuchers den Verlust des vierten Theils des Capitals an das Königliche Landgericht an, eine Bestimmung, die offenbar aus der Reichspolizeiordnung von 1530 entlehnt ist [36]), also aus einer Zeit sich herschreibt, da Esthland noch, wie Livland, zum Deutschen Reich gehörte. Daß nun die Verordnung des Zinsplacates von 1687, dem zufolge der Gläubiger im Fall des Wuchers das ganze Capital, und zwar dessen eine Hälfte an den Angeber, die andere an milde Stiftungen verlieren soll, vorgehe, bedarf kaum einer weiteren Ausführung.

In Betreff der usurae legales habe ich schon in einer früheren Abhandlung meine Ueberzeugung dahin ausgesprochen, daß auch in Esthland usurae legales, wie das Römische Recht sie festsetzt, nicht gefordert werden

36) Gerstlacher Handbuch der Deutschen Reichsgesetze. Bd. x. S. 2125. Not. *. Vgl. die oben im Text zu Note 10 angeführten Worte der Reichspolizeiordnung von 1530.

dürfen[37]). Damals rechtfertigte ich diese Behauptung, gegen deren Richtigkeit mir von einem befreundeten angesehenen und gelehrten Juristen Esthlands brieflich Zweifel ausgesprochen worden sind, lediglich aus dem allgemeinen Verhältniß des Römischen als eines recipirten fremden Rechtes, zu dem Esthländischen Ritter- und Landrecht. Gegenwärtig nun glaube ich diese meine Ansicht zum Theil aus dem, was oben über die allmälige Entwickelung der Zinsenlehre in Livland bemerkt worden ist, noch fester begründen zu können.

Bis zum Jahre 1561 war auch Esthland Theil des Deutschen Reiches, unzweifelhaft also der Zustand der Zinsenlehre in jener Zeit derselbe, wie in Livland. Esthland ging sogleich bei seiner Trennung von Deutschland an Schweden über. Der größere Einfluß den daher das Schwedische Recht in Esthland gewonnen[38]), läßt nun schon im Voraus erwarten, daß auch die Bestimmungen dieses Rechts über Zinsverhältnisse sehr bald Eingang gefunden. Denn es liegt in der Natur dieser Lehre, die einen halb polizeilichen Character trägt, daß die Obrigkeit, die ungerechte Beschränkungen ihrer Unterthanen zu verhindern sich berechtigt, ja verpflichtet fühlt, nach einem von der Staatsgewalt festgestellten Maaßstab sich umsieht, gleichsam nach einem Gränzpunkt, der, wenn er

37) Vgl. meine Abhandlung über „das Römische Recht in dem Esthländischen Ritter-Landrecht“ in diesen Erörterungen Bd. 1. Heft 3. S. 283.

38) Vgl. v. Bunge: Wie kann der Rechtszustand Liv-, Esth- und Curlands am zweckmäßigsten gestaltet werden? S. 12.

Digitized by Google

von den Unterthanen überschritten wird, ihr Eingreifen rechtfertigt. Wenn nun in Deutschland zu der Zeit, als Esthland von ihm sich trennte, Conventionalzinsen noch nicht gestattet waren, so muß es gewiß auffallend erscheinen, wenn wir kurze Zeit darauf in Esthland nicht nur Conventionalzinsen völlig erlaubt, sondern auch das Maaß derselben durch einen von der Esthländischen Ritterschaft im Jahr 1595 erlassenen Landtagsabschied auf 6 Procent festgesetzt finden [39]). Unwillkührlich drängt hier sich die Vermuthung eines Einflusses des Schwedischen Rechts auf, zumal kurze Zeit darauf auch in Schweden durch ein allgemeines Reichsgesetz vom 5. Februar 1598 der Erbzinsfuß auf 6 Procent angeordnet worden. Wahrscheinlich erhob man zum Gesetz, was bisher als Gewohnheit in den verschiedenen Provinzen des Reiches bereits bestanden. Daß nun neben der Schwedischen auch die Römische Zinsenlehre in Esthland sich eingebürgert, erscheint, wenigstens für die frühere Zeit, durchaus unwahrscheinlich. Ein nicht unwichtiges Zeugniß dagegen giebt das um 1650 verfaßte Esthländische Ritter und Landrecht. Hierin finden wir ausdrück-

39) In den noch ungedruckten Collectaneen des Ritterschaftssecretärs Moritz Brandis (vgl. hierüber v. Bunge's Beiträge zur Kunde der Liv-, Esth- und Curländischen Rechtsquellen § 16) heißt es: „Wer gelde außleihet auff Rente, soll von Jeder hundert nur sechs zur Rente nehmen, empfehet er mehr als diese gewönliche Rente, so soll er das vbrige dem Schuldner zu widerstatten undt zu bezahlen schuldig seyn", und als Beleg dafür wird angeführt, Woselcher Abscheid anno 1595. Eben so führt das Ritterrecht Buch IV. Tit. 3. Art. 1 den Zinsfuß von 6 Procent auf denselben Woselschen Abscheid Anno 1595. Art. 7. zurück.

Digitized by Google

lich anerkannt, daß Zinsen nicht gefordert werden sollen [40]), es sei denn daß sie vertragsmäßig zugesichert worden, oder Verzugszinsen seien. Keine Spur dagegen von usurae legales des Römischen Rechts. Mein oben erwähnter gelehrter Freund bemerkt: „der ganze Titel 3. B. IV des Esthländischen Ritter und Landrechts handelt augenscheinlich nur von wucherlichen und unziehmlichen Darlehnscontracten und Verschreibungen, es kann daher wohl kaum die Absicht der Gesetzgebung gewesen sein, die Entstehung von Zinsforderungen aus andern Rechtsverhältnissen nach den Gesetzen auszuschließen.“ Ich gebe das zu. Ja es hätte das Gewicht dieses Einwandes zum Theil verstärkt werden können durch die Hinweisung darauf, daß schon aus der Stellung des Titels unmittelbar nach der Lehre vom mutuum hervorgehe, daß hier nicht von den Zinsen überhaupt, sondern nur den beim Darlehn vorkommenden habe gehandelt werden sollen. Allein im Ganzen ändert das die Sache nicht. Da nämlich das Esthländische Ritterrecht von Zinsen an verschiedenen Orten geredet, muß es jedenfalls sehr auffallend erscheinen, daß nirgends, auch nicht mit einer Sylbe, die doch gewiß practisch wichtigen usurae legales vorkommen, wiewohl es an Gelegenheit zu deren

40) Vgl. Esthländisches Ritter- und Landrecht. B. IV. Tit. 3. Art. 2. „Es mögen aber keine Renten gefordert werden, es sei denn entweder 1) daß dieselben ausdrücklich verschrieben seyn, oder 2) daß ein gewisser Tag zur Zahlung in der Verschreibung benennt wäre, oder 3) daß der Debitor auf beschehenes Mahnen mit der Bezahlung säumig bliebe.“

Erwähnung, z. B. bei der Lehre von Kauf, der Societät u. s. f. nicht gefehlt, ja deren Erwähnung recht eigentlich nothwendig gewesen wäre; wie denn auch die spätere Vormünderordnung von 1724 den Vormund ausdrücklich zur Verzinsung der zu eigenem Vortheil verwendeten, oder widerrechtlich unbenutzt liegen gelassenen Pupillengelder verpflichtet [41]).

Ein anderes scheinbares Bedenken gegen meine obige Behauptung, daß in dem Esthländischen Ritterrecht ein Einfluß der Römischen Zinsenlehre sich nicht nachweisen lasse, könnte entlehnt werden aus einem Citate, das wir zum Art. 1. des Titels 3. B. IV finden. Es heißt hier: „Wer Geld ausgelehnet, der soll von jedem Hundert mehr nicht als Sechs zur Rente nehmen; was er darüber nimmt, das ist Wucher und soll es entweder im Capital kürzen zu lassen, oder dem Schuldner wieder zu erstatten und zurückzugeben schuldig sein", und als Belege dafür werden angeführt, die L. 11. § 3. extr. D. de pigneratitia actione und Wolselscher Abscheid Anno 1595 Art. 7. Die hieher gehörenden Worte der L. 11. § 3. D. cit. lauten: „alia caussa est earum, quas quis supra licitum modum promisit: nam hae penitus illicitae sunt." Eine unmittelbare Festsetzung des erlaubten Zinsmaaßes enthalten dieselben also nicht, wohl aber findet sich eine solche in dem zweiten Citate, in dem genannten Wolselschen Abscheid [42]). Offenbar haben hier die Verfasser des Ritterrechts aus der gerade damals so vor-

41) Vgl. meinen in Note 37 angeführten Aufsatz. S. 288.
42) Vgl. Nota 39.

Digitized by Google

herrschenden leidigen Sucht, Bestimmungen des einheimischen Rechts mit Citaten aus dem Römischen Recht zu belegen, sich hinreißen lassen, woraus doch wahrlich ein unmittelbarer Einfluß des fremden Rechts nicht bewiesen werden kann. Ist doch auch noch jetzt nicht ganz die Manie verschwunden, einheimisches Recht nur aus dem Römischen zu beurtheilen, ja nur dann es für wohlbegründet zu halten, wenn man seinen Ursprung auf Römisches Recht zurückzuführen vermag.

Findet sich nun im Esthländischen Ritter- und Landrecht keine Spur der Römischen usurae legales, so noch weniger in der unmittelbar darauf folgenden Zeit. Aus Riesenkampffs, für die Kenntniß der Esthländischen älteren Praxis so wichtigen Marginalien zum Ritter- und Landrecht ersehen wir deutlich, daß die Schwedischen Zinsplacate von 1666 und 1688 in Esthland verbindliche Kraft erhalten: sie werden in einem Protocoll von 1696 ratione usurarum zu Grunde gelegt [43]). Besonders wichtig aber ist, daß in einem ebendaselbst angeführten Urtheil von 1696 [44]) „Interessen von Budenwaaren" nicht zuerkannt worden sind. Zwar könnte man dies allenfalls von Zinsen anderer fungibler Sachen, als Geld, verstehen: natürlicher dürfte indessen die Erklärung sein, darunter Zinsen des nicht bezahlten Kaufgeldes für entnommene Waaren zu verstehen. So aufgefaßt, finden wir darin einen unzweideutigen Beweis dafür, daß man

43) Vgl. Riesenkampffs Marginalien zum Esthländischen Ritter- und Landrecht zu B. IV. Tit. 3. Art. 4. s. v. „Part."

44) Vgl. Riesenkampff ebendas. zu B. IV. Tit. 3. Art. 2. s. v. „dieselben mit Capital."

Digitized by Google

die nach Römischen Recht dem Käufer obliegende Verpflichtung, das rückständige Kaufgeld zu verzinsen, damals nicht anerkannt habe, wiewohl sie von dem Verkäufer behauptet worden sein mag.

Wie in der neueren Zeit die Esthländische Praxis zu der hier behandelten Lehre sich verhalte, vermag ich nicht anzugeben. Sollte sie indeß von der älteren abweichen, so würde sie mindestens den Vorwurf einer überwiegenden und vielleicht ungebührlichen Hinneigung zum Römischen Recht auf sich laden, dessen Studium leider so lange Zeit hindurch das, wie des deutschen so des einheimisch provinziellen Rechts in den Hintergrund gedrängt hat, bis in unseren Tagen v. Bunge's verdienstvolle Arbeiten ein neues und allgemeineres Interesse für das einheimische Recht angeregt haben. Möge es reichliche Früchte tragen und auch die Praxis anerkennen, daß es geziemender ist Irrthümer aufzugeben, als auf sie sich stützend, das angeborene Recht verdunkelt und verunstaltet werden zu lassen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google